



Concurrence et réglementation économique : à la recherche d'une voie ultramarine

Florent Venayre

► To cite this version:

Florent Venayre. Concurrence et réglementation économique : à la recherche d'une voie ultramarine. Economies et finances. Université de la Polynésie française / Ecole doctorale du Pacifique, 2015. tel-01241723

HAL Id: tel-01241723

<https://shs.hal.science/tel-01241723>

Submitted on 10 Dec 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE DE LA POLYNESIE FRANÇAISE

Laboratoire Gouvernance et Développement Insulaire (GDI) – EA 4240
Ecole doctorale du Pacifique – ED 469

CONCURRENCE ET REGLEMENTATION ECONOMIQUE :
A LA RECHERCHE D'UNE VOIE ULTRAMARINE

Mémoire présenté en vue de l'obtention de
L'HABILITATION A DIRIGER DES RECHERCHES EN SCIENCES ECONOMIQUES

par

FLORENT VENAYRE

JURY :

- Mme Emmanuelle Claudel, Professeur, Université Paris II Panthéon-Assas, Rapporteur ;
- M. Frédéric Marty, Chargé de recherche CNRS HDR, Université de Nice Sophia-Antipolis, Rapporteur ;
- M. Christian Montet, Professeur, Université de la Polynésie française, Directeur de recherche ;
- M. Thierry Pénard, Professeur, Université Rennes I, Rapporteur ;
- M. Etienne Pfister, Chef du service économique, Autorité de la concurrence.

Remis le 14 juillet 2015 et soutenu à l'IAE de Paris le 17 novembre 2015

A mon père, qui manque.

Remerciements

Je tiens à remercier vivement les professeurs Emmanuelle Claudel et Thierry Pénard, ainsi que Monsieur Frédéric Marty, d'avoir accepté d'être les rapporteurs de ce mémoire d'habilitation et d'apporter leur expertise à la fois juridique et économique sur mon travail. Merci aussi à Frédéric Marty pour son accueil niçois ouvert et magnifiquement chaleureux dans une période pénible où j'avais bien besoin de sympathie.

Mes remerciements vont également à Monsieur Etienne Pfister, qui, en dépit de sa fonction chronophage de chef du service économique de l'Autorité de la concurrence, a bien voulu me faire bénéficier de sa double compétence de chercheur et de praticien, ainsi que de sa connaissance des économies ultramarines.

Je souhaite également exprimer toute ma reconnaissance au Professeur Christian Montet, bien entendu pour avoir accepté d'encadrer ce mémoire d'habilitation, mais bien plus. Nous avons depuis si longtemps pris l'habitude de travailler ensemble que le classique arbitrage travail-loisir en est largement perturbé. Nous ne partagerons malheureusement plus longtemps encore la même université, mais je tempère mon inquiétude car je sais qu'il ne refermera pas si facilement ses stylos.

C'est pour moi un grand honneur de présenter mon travail devant un tel jury où s'additionnent tant de compétences complémentaires en matière de concurrence et de réglementation.

Ma situation géographique contraint à organiser ma soutenance en métropole, ce qui est tout à fait regrettable car l'inverse eût sans doute été l'occasion de faire découvrir une Polynésie attrayante, parfois bien différente de celle dont il sera question dans ces pages. Cette délocalisation a été rendue possible grâce au Professeur Stéphane Saussier, qui nous accueille avec bienveillance à l'IAE de Paris.

Je souhaite également associer à ce travail mes co-auteurs et amis : Christian, Julien, Loraine, Mickaël, Patrice, Tamatoa, Thierry et Véronique. Une partie de ce mémoire leur est due, rappelant s'il était nécessaire que rares sont les constructions solitaires.

Merci aux auteurs ou écrivains, universitaires ou non, qui apportent idées, envies et évasion. Merci tout particulièrement à ceux dont on ferme les livres en se disant qu'on aurait tant aimé pouvoir les écrire.

Enfin, mes pensées vont à tous mes proches, qui m'apportent joie et équilibre.

En revanche, je souhaite ne pas associer à ces remerciements les cambrioleurs, partis avec mes ordinateurs, ne facilitant ni ma rédaction, ni le respect des délais annoncés. Je leur souhaite des routes divergentes de la mienne.

Avant-propos

L'année universitaire 2014-2015 revêt un caractère particulier qui m'a conduit à souhaiter déposer ma candidature à l'obtention de l'habilitation à diriger des recherches, pour deux raisons à la fois distinctes et complémentaires.

La première est personnelle. Cette année marque pour moi une ancienneté de treize ans en tant que maître de conférences, à l'Université Montpellier I pour les cinq premières puis à l'Université de la Polynésie française depuis. L'âge de raison – du moins tentons-nous de le faire croire aux enfants –, mais aussi celui des mutations et des interrogations.

La seconde, plus institutionnelle, est que cette année coïncide également avec l'ouverture, pour la première fois, d'un master 2 en économie-gestion à l'Université de la Polynésie française. Cette première promotion naissante du master peut laisser espérer des inscriptions d'étudiants en doctorat dès l'horizon fin 2015, pour lesquels je souhaite me rendre disponible si l'occasion m'en est offerte. Je co-dirige d'ailleurs actuellement une thèse de droit privé portant sur le développement des législations sur la concurrence dans les petits pays insulaires, avec le Professeur Philippe Guez, grâce à une dérogation accordée par le Conseil scientifique et la Présidence de l'université.

L'habilitation à diriger des recherches vise donc à obtenir le droit, sans avoir à passer sous les fourches caudines d'aléatoires dérogations, d'encadrer des étudiants lors de leur doctorat. Comme le précise le décret du 23 novembre 1988, article 1^{er}, elle « *sanctionne la reconnaissance du haut niveau scientifique du candidat, du caractère original de sa démarche dans un domaine de la science, de son aptitude à maîtriser une stratégie de recherche dans un domaine scientifique ou technologique suffisamment large et de sa capacité à encadrer de jeunes chercheurs.* ».

Elle ouvre aussi, d'une manière générale, la possibilité d'accéder au grade de professeur. Les sciences économiques et juridiques ayant cependant conservé un processus d'avancée de carrière fondé sur l'agrégation du supérieur, cela est moins vrai – encore que l'expérience actuellement menée concernant la suspension des concours nous dira plus tard ce qu'il adviendra de nos systèmes. L'institution académique nous apprend la patience ; sans doute est-ce formateur pour développer les capacités de recherche de ses membres.

Dès lors, comment obtenir ce sésame de l'habilitation ? L'article 4 du décret précité ne renseigne que vaguement le candidat potentiel, puisque « *le dossier de candidature comprend soit un ou plusieurs ouvrages publiés ou dactylographiés, soit un dossier de travaux, accompagnés d'une synthèse de l'activité scientifique du candidat permettant de faire apparaître son expérience dans l'animation d'une recherche* ». On peut donc se trouver démuni devant l'absence d'un référent clair auquel se soumettre. On peut également y trouver une Terre Vierge, à défricher sans cesse par chaque nouveau candidat, une forme d'épanouissement des libertés auxquelles les universitaires sont si attachés.

Le caractère laconique du décret national semble avoir tourmenté nombre d'écoles doctorales, qui ont en conséquence proposé des formes de « lignes directrices », pour utiliser un vocabulaire que nous connaissons bien. Cependant, elles n'ont pas permis de lever toutes les incertitudes. En effet, si le candidat peut suivre utilement les recommandations de sa propre école doctorale, rien n'indique que ces dernières soient en concordance avec la culture des membres du jury devant lequel il sera conduit à soutenir son travail. De fait, d'une école doctorale à l'autre, les règles instituées sont sensiblement différentes. Pour le cas de l'Université de la Polynésie française, par exemple, il est nécessaire de fournir un *curriculum vitae* le plus complet possible – ce qui sera donc fait dès cet avant-propos refermé – ainsi qu'« une notice de travaux dans laquelle le demandeur mettra en perspective ses travaux. Cette notice devra clairement préciser la nature des résultats obtenus depuis la soutenance du doctorat et les axes de recherches développés »¹. Il n'est en revanche pas explicitement fait mention d'une partie consacrée aux projets de recherche futurs, alors que beaucoup d'autres écoles doctorales ont opté pour ce dernier choix. J'ai ainsi décidé d'intégrer à mon travail une telle partie. De même, certains candidats annexent à leur travail une sélection de leurs articles, d'autres y renoncent. Je ferai le choix d'alléger mon document et, l'université nous demandant par ailleurs de transmettre notre manuscrit par voie électronique, j'en profiterai pour proposer au lecteur des liens hypertextes qui lui permettront, le cas échéant, d'obtenir en ligne les documents souhaités².

Même si l'on peut se satisfaire, tant des tentatives d'encadrement issues des écoles doctorales que de la latitude dont bénéficie malgré tout le candidat dans son travail, une importante interrogation de fond demeure. Rédiger un mémoire d'habilitation, c'est certes parler de son travail, mais c'est un peu plus. Il s'agit aussi de parler de soi, ce qui n'est pas un exercice commun pour un universitaire. L'universitaire disparaît en général derrière sa plume. Certes, il signe son travail, en assume pleinement les conclusions et les éventuelles erreurs, se soumet volontiers au jugement de ses pairs – et en apprend beaucoup –, mais ni il n'effectue le marketing de ses écrits, ni il ne procède à sa propre autobiographie. Un universitaire qui m'est cher soulignait voici quelques années, au sujet de son propre mémoire d'habilitation, que « quelque chose, pourtant, dans sa forme, dit le trouble de son auteur – et le sentiment que l'exercice consistant à écrire soi-même sa propre biographie pose des problèmes qui concernent un nombre plus important de personnes que le seul public de ceux à qui l'on destine, ordinairement, un tel texte »³.

Ce malaise est souvent ressenti à la lecture de travaux réalisés en vue d'être habilité et une excellente façon de s'en rendre compte tient au choix stylistique retenu. Certains auteurs parviennent, par des prouesses rappelant celle de l'oulipien George Perec, à faire disparaître totalement la première personne du singulier de leurs écrits. Cela confère souvent un caractère très scientifique au travail mené⁴. D'autres décident également de bannir le « je » en choisissant, sans doute dans un esprit aussi innovant que frondeur, de parler de soi à la

¹ Selon le document de l'Université de la Polynésie française concernant la procédure à suivre pour une candidature à l'habilitation à diriger des recherches du 13 décembre 2011, p. 2.

² La plupart des liens utilisent la plateforme HAL-SHS et donnent donc accès à des « fichiers auteurs » libres de droits, c'est-à-dire que les articles ne reprennent pas les mises en forme typographiques des revues dans lesquels ils ont été publiés. Certaines contributions seront en revanche exclues : rapports qui ne peuvent être rendus publics ou livres non accessibles en ligne.

³ Venayre S., 2012, *Disparu ! Enquête sur Sylvain Venayre*, Les Belles Lettres, L'histoire de profil, Octobre, p. 16.

⁴ Voir par exemple : Marty F., 2007, *Réglementation et commande publique : analyses économiques et juridiques*, Habilitation à diriger des recherches, 25 janvier.

troisième personne⁵. D'autres universitaires, enfin, optent pour l'emploi de la première personne. Si ce choix a sans doute l'air plus simple ou plus commun, il ouvre cependant un risque non négligeable de paraître prétentieux, alors même que la réputation des universitaires les conduit déjà, parfois, à supporter des procès en égotisme.

Pour ce qui est de ce travail, et comme ce début de lecture l'aura déjà prouvé, l'emploi du « je » sera présent. Il aurait pu être possible de se cacher derrière un « nous de royauté », comme cela est courant dans nos articles, mais cela posait ici un problème particulier. Nous avons vu qu'il s'agissait en effet de parler de soi et de son travail, mais ce dernier inclut aussi des collaborations. L'emploi du « je » me permettra ainsi de distinguer ce qui relève de mon propre travail, ou parfois de mes sentiments ou projets, tandis que le « nous » impliquera également mes co-auteurs, leur rendant l'aide qu'il m'ont apportée.

J'espère mon choix raisonné... et mon « je » peu envahissant.

⁵ Venayre S., 2012, *op. cit.* Voir ainsi page 101, qui confirme le caractère frondeur : « Pierre Bourdieu se moquait méchamment de ces universitaires qui n'hésitent pas, au soir de leur carrière, à "raconter sans méthode des vies sans histoires". Avec moins de talent dans le sarcasme, Sylvain Venayre a pu lui aussi rejoindre le maquis de ceux qui, malgré la gracieuse invitation de l'arrêté du 23 novembre 1988 sur l'habilitation à diriger des recherches, ont refusé de se plier à l'exercice. »

Curriculum vitæ

Etat civil

Né le 20 septembre 1972 à Châlons-sur-Marne (Marne, 51).

Nationalité française.

Contacts

Université de la Polynésie française

Campus d'Outumaoro

BP 6570

98 702 Faa'a

Tahiti

Polynésie française

Tél. : (+689) 87-71-66-97

Mail : florent.venayre@upf.pf

Site : <http://sites.google.com/site/florentvenayre>

Cursus et emplois

- ✓ Maître de conférences en Sciences économiques (section 05) à l'Université de la Polynésie française depuis septembre 2007.
 - Précédemment maître de conférences à l'Université Montpellier I depuis septembre 2002.
- ✓ Chercheur au laboratoire Gouvernance et développement insulaire (GDI, EA 4240) de l'Université de la Polynésie française.
- ✓ Chercheur associé au Laboratoire montpellierain d'économie théorique et appliquée (LAMETA, UMR 5474) de l'Université Montpellier I.
- ✓ Certificat informatique et Internet niveau 2 enseignant (C2i2e), obtention en juin 2014.
- ✓ Doctorat en Sciences économiques, « *Echanges d'informations dans les oligopoles et politique de concurrence* », Université Montpellier I, 10 décembre 2001.
 - Mention : Très honorable avec les félicitations du jury.
 - Composition du jury :
 - M. Edmond Baranès (Professeur, Université Montpellier I) ;
 - M. Jean Gabszewicz (Professeur, Université Catholique de Louvain) ;
 - M. Didier Laussel (Professeur, Université d'Aix-Marseille II) ;
 - M. Philippe Mahenc (Professeur, Université de Perpignan) ;

- M. Christian Montet (Professeur, Université Montpellier I) ;
- M^{me} Véronique Sélinsky (Avocat à la Cour et Maître de conférences, Université Montpellier I).
- ✓ ATER à l'Université Montpellier I (2000-2001).
- ✓ Allocataire-moniteur à l'Université Montpellier I (1997-2000).
- ✓ DEA de *Microéconomie et Calcul Économique*, Université Montpellier I, Mention bien, 1996.

Distinctions universitaires

- ✓ Prix *Coup de cœur* du prix Vogel de droit économique décerné pour le livre *La concurrence à Tahiti : Une utopie ?*, écrit en collaboration avec Christian Montet, décerné le 12 décembre 2013.
- ✓ Proposition pour Prix de thèse lors de la soutenance de Doctorat, 2001.
- ✓ Proposition pour Subvention de publication lors de la soutenance de Doctorat, 2001.
- ✓ Major de promotion en DEA, 1996.

Responsabilités universitaires

- ✓ Membre du Conseil scientifique de l'Université de la Polynésie française depuis mars 2013.
- ✓ Membre du Conseil du laboratoire Gouvernance et Développement Insulaire (EA 4240) depuis mai 2012.
- ✓ Membre du Conseil documentaire de l'Université de la Polynésie française depuis juin 2013.
- ✓ Directeur adjoint du Département Droit-Economie-Gestion de l'Université de Polynésie française de juin 2012 à juin 2014.
- ✓ Membre de la Commission de spécialistes de l'Université Montpellier III de février 2005 à août 2007.
- ✓ Référent C2i (Certificat Informatique et Internet) pour le domaine Administration-Economie-Gestion de l'Université Montpellier I de septembre 2004 à septembre 2007.
- ✓ Rédacteur en chef de la *Revue de l'Economie Méridionale* de janvier 2003 à décembre 2006.

Ouvrages

- ✓ Montet C. et Venayre F., 2013, *La concurrence à Tahiti : Une utopie ?*, éditions Au Vent des Îles, Tahiti, Avril, 308 p.

- ✓ Carrière J.-P. et Venayre F. (éds.), 2005, *Dynamiques économiques et spatiales en Méditerranée*, n° spécial de la *Revue de l'Économie Méridionale*, Vol. 53, n° 209-210, CRPEE, Université Montpellier III, 260 p.
- ✓ Petiot R. et Venayre F. (éds.), 2004, *Les mutations de l'industrie touristique : Enjeux et perspectives*, n° spécial de la *Revue de l'Économie Méridionale*, Vol. 52, n° 205-206, CRPEE, Université Montpellier III, 152 p.

Contributions à des ouvrages collectifs

- ✓ Venayre F., 2012, « Le secteur public face aux difficultés économiques », in Inspection Générale de l'Administration (éd.), *Actes de la 1^{ère} Conférence du Service Public*, Tahiti, Septembre, pp. 8-19.
- ✓ Venayre F., 2012, « L'explosion des dépenses de santé : éclairages pour une réforme », in *Les dépenses de santé en Polynésie française*, Actes du Colloque du Laboratoire Gouvernance et développement insulaire, Tahiti, 3 décembre 2010, Université de la Polynésie française, *Comparative Law Journal of the Pacific – Journal de Droit Comparé du Pacifique*, Hors-Série n° XIV, pp. 49-73.
- ✓ Venayre F., 2011, « Les lacunes du transfert de la compétence économique à la Polynésie française », in J.-Y. Faberon, V. Fayaud et J.-M. Regnault (éds.), *Destins des collectivités politiques d'Océanie – Vol. 2 : Singularités*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Collection Droit d'Outre-Mer, pp. 531-540.
- ✓ Bambridge T., Venayre F. et Vucher-Visin J., 2010, « La gouvernance du système économique polynésien en question – Comment protection et absence de concurrence obèrent la croissance », in A. Angelo & Y.-L. Sage (eds.), *Gouvernance et autonomie dans le Pacifique Sud : études comparées – Governance and Self-Reliance in Pacific Islands Societies : Comparative Studies*, *Comparative Law Journal of the Pacific – Journal de Droit Comparé du Pacifique*, Hors-Série n° X, pp. 313-343.

Articles – Revues classées⁶

- ✓ Venayre F., 2015, « Objet *vs.* effet anticoncurrentiel dans le traitement des échanges d'informations », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 43, Avril-Juin, pp. 11-14.
- ✓ Venayre F., 2015, « Marché des carburants : pas d'entente en Réunion, mais des questions en stock », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 42, Janvier-Mars, pp. 32-34.
- ✓ Venayre F., 2014, « Création d'un droit de la concurrence calédonien innovant et coercitif », *Revue Juridique, Politique et Economique de la Nouvelle-Calédonie*, Vol. 24, pp. 29-40.

⁶ Les « revues classées » sont celles mentionnées dans les listes établies par l'AERES et l'HCERES, domaines Economie-gestion ou Droit.

- ✓ Venayre F., 2014, « Evolution du contrôle *ex-ante* de l'urbanisme commercial en outre-mer et prise en compte de critères économiques : l'enseignement de Saint-Barthélemy », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 41, Octobre-Décembre, pp. 73-81.
- ✓ Venayre F., 2014, « Marchés de carburants dans les DOM : évolution de la réglementation et première application de l'article L. 410-3 du Code de commerce », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 39, Avril-Juin, pp. 142-148.
- ✓ Venayre F., 2014, « Audition du président de l'Autorité de la concurrence : confirmation du dynamisme de l'action outre-mer et premiers effets de la loi REOM », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 39, Avril-Juin, pp. 137-141.
- ✓ Venayre F., 2013, « Interventionnisme public et développement économique des collectivités d'outre-mer françaises du Pacifique Sud », *Revue Juridique, Politique et Economique de la Nouvelle-Calédonie*, Vol. 22, pp. 42-52.
- ✓ Montet C. et Venayre F., 2013, « Audit du système économique de Nouvelle-Calédonie : Plaidoyer pour un droit de la concurrence moderne et efficace », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 36, Juillet-Septembre, pp. 164-170.
- ✓ Montet C. et Venayre F., 2013, « La loi REOM contre la vie chère en Outre-mer : une construction difficile entre concurrence et administration des prix », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 35, Avril-Juin, pp. 131-140.
- ✓ Venayre F., 2012, « Protection du marché agricole et qualité sanitaire en Polynésie française », *Economies et Sociétés*, Série « Systèmes Agroalimentaires », AG, Vol. 34, 10-11/2012, pp. 2057-2076.
- ✓ Venayre F., 2012, « Concentration dans la distribution alimentaire en Martinique : jusqu'où prendre en considération les spécificités ultramarines ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 33, Octobre-Décembre, pp. 12-14.
- ✓ Venayre F., 2012, « Licéité des échanges d'informations entre concurrents : Une Autorité de plus en plus régulatrice », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 33, Octobre-Décembre, pp. 18-19.
- ✓ Venayre F., 2012, « 'Nous, au village, aussi, l'on a, De beaux assassinats'... Ou l'entente saint-pierraise et ses enseignements en matière de sanctions et de non-contestation des griefs », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 31, Avril-Juin, pp. 16-22.
- ✓ Venayre F., 2011, « La détermination des sanctions dans les ententes sur appels d'offres en l'absence de contestation des griefs », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 28, Juillet-Septembre, pp. 15-22.
- ✓ Fidèle M. et Venayre F., 2011, « Statuts et structure de la sphère publique en Polynésie française », *Revue Juridique, Politique et Économique de Nouvelle-Calédonie*, Vol. 18, pp. 1-9.
- ✓ Venayre F., 2010, « L'évolution du secteur aéroportuaire français renforce la nécessité de régulation », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 23, Avril-Juin, p. 27-30.
- ✓ Bougette P. et Venayre F., 2008, « Contrôles *a priori* et *a posteriori* des concentrations : comment augmenter l'efficacité des politiques de concurrence ? », *Revue d'Économie Industrielle*, Vol. 121, pp. 9-40.

- ✓ Montet C. et Venayre F., 2007, « Politiques de concurrence : comment améliorer les performances de l'économie de marché ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 10, pp. 141-150.
- ✓ Bougette P., Montet C. et Venayre F., 2006, « Jeux de négociation dans les affaires antitrust : engagements et transaction », *Concurrence et Consommation*, Vol. 146, Juillet, pp. 50-56.
- ✓ Bougette P., Montet C. et Venayre F., 2006, « L'efficacité économique des programmes de clémence », *Concurrence et Consommation*, Vol. 146, Juillet, pp. 43-46.
- ✓ Venayre F., 2006, « Échanges d'informations : évaluation des effets anticoncurrentiels », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 6, Janvier-Mars, pp. 20-24.
- ✓ Bougette P., Montet C. et Venayre F., 2006, « L'adaptation légale de la stratégie aux contraintes du droit de la concurrence », *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, Vol. 144, Janvier-Février, pp. 11-23.
- ✓ Bougette P., Donnedieu de Vabres-Tranié L., Montet C. et Venayre F., 2006, « Stratégie et droit de la concurrence : une enquête auprès de grandes entreprises françaises », *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, Vol. 144, Janvier-Février, pp. 2-10.
- ✓ Venayre F., 2005, « Les apports de la théorie économique à l'étude des accords d'échanges d'informations », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 2, Février-Avril, pp. 122-125.
- ✓ Venayre F., 2005, « Demi-mesures sur le marché français de la bière », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 4, Août-Octobre, pp. 9-13.
- ✓ Venayre F., 2004, « Échanges d'informations : les jurisprudences française et communautaire à l'aune des prédictions théoriques », *Revue d'Économie Industrielle*, Vol. 108, pp. 91-112.
- ✓ Montet C. et Venayre F., 2004, « Grande distribution française : faire confiance au marché ou céder à la tentation réglementaire ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 1, Novembre, pp. 174-181.
- ✓ Venayre F., 1999, « Incertitude sur la demande et incitations au partage de l'information dans un duopole », *Revue Économique*, Vol. 50(3), pp. 601-610.

Articles – Revues non classées

- ✓ Venayre F., 2013, « Rappel de la loi républicaine sur la concurrence pour Saint-Pierre-et-Miquelon : Une nouvelle volonté politique pour les économies ultramarines », *Comparative Law Journal of the Pacific – Journal de Droit Comparé du Pacifique*, Vol. 19, pp. 109-126.
- ✓ Montet C. et Venayre F., 2012, « Politique de la concurrence dans les petits pays insulaires : Le rapport pour le Forum du Pacifique », *Comparative Law Journal of the Pacific – Journal de Droit Comparé du Pacifique*, Vol. 18, pp. 27-47.

- ✓ Bambridge T., Venayre F. et Vucher-Visin J., 2010, « Les défis sociaux de la Polynésie française », *Revue Juridique Polynésienne*, Vol. 16, pp. 41-68.
- ✓ Bambridge T., Venayre F. et Vucher-Visin J., 2009, « La mise en cohérence des décisions publiques et des possibilités de financement de l'économie polynésienne », *Yearbook of New Zealand Association for Comparative Law*, Vol. 15, pp. 157-184.
- ✓ Venayre F., 2009, « L'emploi en Polynésie française : situation actuelle et difficultés d'interprétation », *Revue Juridique Polynésienne*, Vol. 15, pp. 37-64.
- ✓ Blayac T. et Venayre F., 2007, « L'organisation du marché européen des services de transport aérien face à la suppression annoncée des exemptions », *Transports*, Vol. 443, Mai-Juin, pp. 153-162.
- ✓ Carrière J.-P. et Venayre F., 2005, « Peut-on parler d'une véritable recomposition des espaces et des réseaux sur les deux rives de la Méditerranée ? », *Revue de l'Économie Méridionale*, Vol. 53(1-2), n° 209-210, pp. 5-13.
- ✓ Caccamo J.-L., Petiot R. et Venayre F., 2004, « Évolution des caractéristiques de l'industrie touristique et illustrations régionales », *Revue de l'Économie Méridionale*, Vol. 52(1-2), n° 205-206, pp. 3-8.
- ✓ Venayre F., 2003, « L'impact de la mondialisation des échanges sur la qualité de vie », *Revue de l'Économie Méridionale*, Vol. 51(1-2), n° 201-202, pp. 109-120.

Commentaires – Revues classées

- ✓ Venayre F., 2012, « Fin du feuilleton judiciaire de la téléphonie mobile », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 33, Octobre-Décembre, pp. 20-21.
- ✓ Sélinisky V. et Venayre F., 2012, « Suite d'une injonction dans la téléphonie mobile à La Réunion et Mayotte », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 31, Avril-Juin, pp. 37-38.
- ✓ Venayre F., 2007, « Téléphonie mobile : on raccroche ! », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 11, Avril-Juin, p. 27.
- ✓ Venayre F., 2007, « Échanges d'informations sur la solvabilité des emprunteurs », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 11, Avril-Juin, p. 26.

Rapports, études, expertises

- ✓ Venayre F., 2009, *La Polynésie française face au choc de la crise économique : plan de relance et renforcement de la cohésion sociale*, Synthèse de l'atelier 1 des Etats-généraux de l'outre-mer en Polynésie française, Septembre (dir. : Bambridge T. et Vucher-Visin J.).
- ✓ Montet C. et Venayre F., 2008, *Analyse économique et conséquences tarifaires de la privatisation des aéroports français*, Rapport réalisé à l'intention du Conseil de la Concurrence, Juin, 65 p.

- ✓ Montet C. et Venayre F., 2005, *Les systèmes de distribution sélective des produits de luxe : pratiques, justifications économiques et analyse en termes de bien-être*, Rapport réalisé à l'intention du Conseil de la Concurrence, Octobre, 120 p.
- ✓ Montet C. et Venayre F., 2005, *Les risques anticoncurrentiels de la privatisation de la société ASF*, Rapport réalisé à l'intention du Conseil de la Concurrence, Juillet, 25 p.
- ✓ Montet C. et Venayre F., 2003, *Analyse économique des risques concurrentiels dans le projet d'acquisition de Sogema par Sea Invest*, Note réalisée à l'intention de la DGCCRF.
- ✓ Montet C. et Venayre F., 2000, *Étude de la concurrence sur les marchés locaux de la grande distribution alimentaire : la fusion Carrefour-Promodès*, Rapport réalisé à l'intention du Conseil de la Concurrence, 50 p.

Documents de travail

- ✓ Venayre F., 2012, « Interventionnisme public et handicaps de compétitivité : analyse du cas polynésien », Document de travail, n° 121, Agence française de développement, Département de la recherche, Mars.
- ✓ Bougette P. et Venayre F., 2005, « Le contrôle *a posteriori* des concentrations peut-il augmenter l'efficacité des politiques de concurrence ? », Document de travail du LAMETA, DT n° 2005-07.
- ✓ Venayre F., 2004, « Échanges d'informations : les jurisprudences française et communautaire à l'aune des prédictions théoriques », Document de travail du LAMETA, DT n° 2004-05.

Articles dans des revues non scientifiques

- ✓ Montet C. et Venayre F., 2005, « Grande distribution française : faire confiance au marché ou céder à la tentation réglementaire ? », *Diplôme*, Mars, pp. 18-26 (repris par les éditions Lamy de : *Revue Lamy de la Concurrence*, 2004, Vol. 1).

Colloques et séminaires (public académique)

- ✓ « L'efficacité du pouvoir d'injonction structurelle en question », *Séminaire du GREDEG*, UMR-CNRS 7321, Université Nice Sophia-Antipolis, 18 décembre 2014.
- ✓ "Regulation of Competition in Pacific Islands: Comparative Analysis", avec C. Montet, *GDI-PIPSA Conference "Political, Economic and Legal Governance in Pacific States and Territories"*, Tahiti, 3-5 juin 2014.
- ✓ « Quelle évolution concurrentielle pour les COM du Pacifique Sud ? », *Destins des collectivités françaises d'Océanie*, Journée d'études organisée par l'Assemblée de la Polynésie française et le laboratoire GDI, Tahiti, 1^{er} février 2013.

- ✓ « Produire pour le marché intérieur et extérieur, la question de la compétitivité des entreprises ultramarines », Table ronde, *Conférence AFD-CEROM 'Créer de la valeur ajoutée et de l'emploi en outre-mer'*, Paris, 25 novembre 2011.
- ✓ « Les lacunes du transfert de la compétence économique à la Polynésie française », Colloque *Destins des Collectivités Politiques d'Océanie*, Nouméa, Nouvelle-Calédonie, 10 mars 2011.
- ✓ « Le financement des dépenses de santé », *Colloque du laboratoire GDI*, Université de la Polynésie française, 3 décembre 2010.
- ✓ « L'après EGOM en matière économique et sociale », *Séminaire du laboratoire GDI*, Tahiti, 16 février 2010.
- ✓ *Petit-déjeuner Débat* « La circulaire du 8 décembre 2005 relative aux relations commerciales, ou comment maîtriser la hausse des prix en France ? », avec Monsieur Renaud Dutreil, Ministre des PME, du Commerce, de l'Artisanat et des Professions libérales, Paris, 1^{er} février 2006.
- ✓ « Évaluation de l'efficacité économique des programmes de clémence », avec P. Bougette et C. Montet, *Ateliers de la Concurrence de la DGCCRF 'Les nouveaux instruments des autorités de concurrence : clémence, transaction, engagements'*, Paris, 7 décembre 2005.
- ✓ « Jeux de négociation dans la transaction et les engagements », avec P. Bougette et C. Montet, *Ateliers de la Concurrence de la DGCCRF 'Les nouveaux instruments des autorités de concurrence : clémence, transaction, engagements'*, Paris, 7 décembre 2005.
- ✓ *Matinées Débats de la LJA* « La réforme de la loi Galland – Quels enjeux pour les relations fournisseurs-distributeurs ? », Paris, 5 octobre 2005.
- ✓ « Le jeu du stratège face à l'incertitude et à l'évolution du droit de la concurrence », avec P. Bougette et C. Montet, *Ateliers de la Concurrence de la DGCCRF 'La stratégie des entreprises vis-à-vis du droit de la concurrence : adaptation, évocation, organisation'*, Paris, 8 décembre 2004.
- ✓ *Rencontres Lamy du Droit de la Concurrence*, invitation, Paris, 7 décembre 2004.
- ✓ *XI^{ème} Colloque International du GRERBAM* (Groupe de Recherches sur les Espaces et les Réseaux du Bassin Méditerranéen), invitation, Rabat, Maroc, 26 et 27 novembre 2004.
- ✓ « Accords d'échanges d'informations et politiques de concurrence », *18^{èmes} Journées de Microéconomie Appliquée*, Nancy, 7 et 8 juin 2001.
- ✓ « Les effets des échanges d'informations sur l'entrée des firmes », *Séminaire du CREST-LEI*, Paris, 11 janvier 2001.
- ✓ « Les effets des échanges d'informations sur l'entrée des firmes », *49^{ème} Congrès AFSE*, Paris, 20 et 21 septembre 2000.
- ✓ « Les effets des échanges d'informations sur l'entrée des firmes », *10^{èmes} Journées du SESAME*, Dijon, 14 et 15 septembre 2000.
- ✓ « Incitations *ex-ante* et *ex-post* à l'échange de l'information : une approche par les jeux répétés », *9^{èmes} Journées du SESAME*, Saint-Étienne, 8, 9 et 10 septembre 1999.
- ✓ « Incertitude de la demande et incitations au partage de l'information en duopole », *47^{ème} Congrès AFSE*, Paris, 24 et 25 septembre 1998.

- ✓ « Demand Uncertainty and Incentives to Share Information in Duopoly », *8^{èmes} Journées du SESAME*, Montpellier, 7, 8 et 9 septembre 1998.
- ✓ « Demand Uncertainty and Incentives to Share Information in Duopoly », *Séminaire du LAMETA*, Montpellier, 3 juin 1998.
- ✓ « Stratégies de révélation de l'information dans les oligopoles », *3^{èmes} Journées d'Économie Expérimentale*, Montpellier, 9 et 10 octobre 1997.

Conférences (public non académique ou mixte)

- ✓ « Aspects économiques et sociaux de la Polynésie française », *Séminaire des commandants d'unité de la gendarmerie*, Tahiti, 22 janvier 2015.
- ✓ « Perspectives d'une intégration régionale des PEI du Pacifique », avec C. Montet, *Séminaire de travail du CESC*, Mission CESE de la Nouvelle-Calédonie et CCSE de Wallis-et-Futuna, Tahiti, 29 octobre 2014.
- ✓ « Tahiti : L'économie en marge », *Séminaire des nouveaux arrivants des services de l'Etat*, Tahiti, 9 octobre 2014.
- ✓ « La lutte contre la cherté de la vie », Conférence au *Congrès CSTP-FO*, Papeete, 23 avril 2014.
- ✓ « Peut-on soutenir le développement sans réforme des structures de l'économie ? », *Les Rendez-vous du Congrès*, Congrès de la Nouvelle-Calédonie, Nouméa, 10 avril 2014.
- ✓ « Traditions culturelles et développement en Polynésie », *Table ronde à l'Université de la Polynésie française*, 30 janvier 2014.
- ✓ « Situation et mécanismes d'une économie en marge », *Séminaire des nouveaux arrivants des services de l'Etat*, Haut-Commissariat, Tahiti, 15 novembre 2013.
- ✓ « Enfin la concurrence à Tahiti ? », avec C. Montet, *Conférence à l'Université de la Polynésie française*, Tahiti, 10 octobre 2013.
- ✓ « Quel droit de la concurrence à Tahiti ? », avec C. Montet, *Assises du commerce*, Tahiti, 7 juin 2013.
- ✓ « Les mécanismes de lutte contre la vie chère en Outremer depuis 2008 », avec C. Montet, *Assises du commerce*, Tahiti, 6 juin 2013.
- ✓ « La concurrence à Tahiti : Une utopie ? », avec C. Montet, *Présentation-dédicace*, Espace l'Harmattan, Paris V^e, 12 avril 2013.
- ✓ « Aspects économiques de la Polynésie française. Dans l'attente de réformes... », avec J. Vucher-Visin, *Séminaire des nouveaux arrivants des services de l'Etat*, Haut-Commissariat, Tahiti, 22 novembre 2012.
- ✓ « Pôle de compétitivité : intérêts, enjeux, acteurs... », *Conférence-débat à la CCISM*, Tahiti, 11 octobre 2012.
- ✓ « Le secteur public face aux difficultés économiques », *1^{ère} Conférence du Service Public*, Tahiti, 26 juin 2012.

- ✓ « L'agent public de la Polynésie française », avec M. Fidèle, *Assises du Service Public*, Tahiti, 11 mai 2011.
- ✓ « Regards sur l'économie polynésienne, tendances conjoncturelles et structurelles », avec J. Vucher-Visin, *Assises du Service Public*, Tahiti, 10 mai 2011.
- ✓ « Atelier Formation, Emploi, Insertion », *Séminaire PASE (Plan d'action stratégique de l'Etat)*, Tahiti, 7 mai 2010.
- ✓ « Quels choix économiques et sociaux pour l'avenir de la Polynésie française ? », avec T. Bambridge, L. Tapeta et J. Vucher-Visin, *Conférence-débat à l'Université de la Polynésie française*, Tahiti, 17 février 2010.
- ✓ « Crise conjoncturelle ou structurelle ? », *Conférence à l'AG CGPME*, Tahiti, 13 novembre 2009.
- ✓ « Le coût du travail : situation polynésienne », *Conférence à l'AG CGPME*, Tahiti, 26 septembre 2008.
- ✓ « Quelles perspectives pour l'emploi en Polynésie française ? », *Conférence à l'Université de la Polynésie française*, Tahiti, 25 septembre 2008.

Auditions par des organismes institutionnels

- ✓ Commission économique du Medef, Loi du pays relative à la concurrence, 16 juin 2014.
- ✓ Conseil économique, social et culturel (CESC) de Polynésie française sur le projet de loi du pays relatif à la concurrence, 21 mai 2014.
- ✓ Commission spéciale auprès du Congrès pour l'élaboration et le suivi d'accords économiques et sociaux, Congrès de la Nouvelle-Calédonie, 9 avril 2014.
- ✓ Société de développement et d'investissement des Îles Loyauté (SODIL), Nouvelle-Calédonie, 8 avril 2014.
- ✓ Commission de la législation et de la réglementation économiques et fiscales, Congrès de la Nouvelle-Calédonie, 8 avril 2014.
- ✓ Mission risque de l'Agence française de développement, Tahiti, 29 novembre 2013.
- ✓ CESC de Polynésie française, « Projet de loi du pays sur la réglementation de la concurrence », 19 septembre 2013.
- ✓ CESC de Polynésie française, « L'adéquation emploi-formation des jeunes diplômés », 18 juin 2013.
- ✓ Commission des affaires économiques de l'Assemblée de la Polynésie française, Loi du pays portant réglementation de la concurrence, 23 mai 2012.
- ✓ CESC de Polynésie française, « Périmètre et modalités d'organisation des services public en Polynésie française », 15 avril 2011.
- ✓ Mission de l'inspection générale de l'INSEE, formation et évaluation du niveau des prix en Polynésie française, 23 mars 2011.

- ✓ Délégation de l'Agence française de développement, opportunité d'un câble sous-marin en liaison avec Nouméa, 27 mai 2010.
- ✓ Restitution nationale des Etats-généraux de l'Outremer, Atelier 1 : La Polynésie française face au choc de la crise économique et financière. Plan de relance et renforcement de la cohésion sociale, Paris, 1^{er} octobre 2009.

Evaluations et organisations

- ✓ Rapporteur pour des revues :
 - *International Journal of Industrial Organization*
 - *Revue d'Économie Industrielle*
 - *Revue Lamy de la Concurrence*
 - *Journal de la Société des Océanistes*
 - *Revue de l'Economie Méridionale*
- ✓ Organisation de manifestations :
 - Président de session, *Doctoriales* de l'école doctorale du Pacifique, Tahiti, 5-7 mai 2015.
 - Membre du comité d'organisation de la *GDI-PIPSA Conference « Political, Economic and Legal Governance in Pacific States and Territories »*, Tahiti, 3-5 juin 2014.
 - Rapporteur de la session « L'économie : problèmes liés à la concurrence, à la monnaie, aux échanges intra et extra-régionaux », *Destins des collectivités françaises d'Océanie*, Journée d'étude organisée par l'Assemblée de la Polynésie française et le laboratoire GDI, Tahiti, 1^{er} février 2013.
 - Co-animateur des travaux de l'Atelier 1 des Etats-généraux de l'Outremer en Polynésie avec la société civile, Tahiti, été 2009.
 - Membre du groupe diagnostic de l'Atelier 1 des Etats-généraux de l'Outremer, printemps 2009.
 - Membre du comité d'organisation des 20^{èmes} *Journées de Microéconomie Appliquée*, Montpellier, 2003.
 - Rapporteur lors des 18^{èmes} *Journées de Microéconomie Appliquée* à Nancy, 2001.
 - Rapporteur lors des 9^{èmes} *Journées du SESAME* à Saint-Etienne, 1999.
 - Membre du comité d'organisation des 8^{èmes} *Journées du SESAME*, Montpellier, 1998.

Articles dans des magazines de presse spécialisés

- ✓ « Quand le temps transforme une ‘bonne’ idée en catastrophe, ou les limites de la législation de court terme », *Expertises Economiques*, n° 7, Décembre, pp. 60-61, 2010.
- ✓ « *The Informant*, un film au nom évocateur », *Expertises Economiques*, n° 3, Août, pp. 56-57, 2010.
- ✓ « La dangereuse utopie de la morale en économie ? », *Pacific Business*, n° 10, Mars, pp. 8-9, 2010.
- ✓ « Parce que les économistes se mêlent de tout (mais ne sont pas les seuls...) », *Pacific Business*, n° 6, Novembre, pp. 6-7.

Autres médias

- ✓ Presse écrite, agence de presse ou site Web :
 - Les Nouvelles de Tahiti ; La Dépêche de Tahiti ; Les Nouvelles Calédoniennes ; Tahiti Infos magazine ; Made In ; Hitu News ; Pacific Business ; Expertises Economiques.
 - AFP ; Tahitipresse ; Tahiti Infos ; Tahiti News ; L'éveil calédonien ; Reuters Sydney ; TNTV News.
 - 129 passages depuis 2008.
- ✓ Radio et télévision :
 - RFO Radio ; Polynésie 1^{ère} Radio ; Radio Australia ; Radio Canada ; Saint-Pierre-et-Miquelon 1^{ère} Radio ; Radio 1 ; Taui FM ; Radio Tefana.
 - France Ô ; RFO TV ; Polynésie 1^{ère} Télévision ; Nouvelle-Calédonie 1^{ère} Télévision ; Tahiti Nui Télévision.
 - 71 passages depuis 2008.
- ✓ Soit plus de 25 activités médiatiques par an en moyenne.

Enseignements effectués

- ✓ *Organisation industrielle et politiques de concurrence*, M2 Analyse économique, modélisation et quantification, Université Montpellier I.
- ✓ *Organisation industrielle et transports : réglementation, déréglementation, concurrence*, M2 Economie quantitative et management des transports, Université Montpellier I.
- ✓ *Economie de la concurrence et de la réglementation*, M1 Droit des activités économiques, Université de la Polynésie française.
- ✓ *Analyse des marchés*, M1 Sciences économiques, Université Montpellier I.

- ✓ *Economie industrielle et internationale*, M1 Commerce et vente, Institut des Sciences de l'Entreprise de Montpellier, Université Montpellier I.
- ✓ *Calcul économique public*, M1 Econométrie, Université Montpellier I.
- ✓ *Economie des ressources humaines*, L3 Economie et gestion des entreprises, Université Montpellier I.
- ✓ *Economie des relations internationales*, L3 Polytech' Montpellier, Département Informatique et Gestion, Université Montpellier III.
- ✓ *Microéconomie approfondie*, L3 Econométrie, Université Montpellier I.
- ✓ *Microéconomie*, L2 Economie-Gestion, Université de la Polynésie française.
- ✓ *Mathématiques*, L2 Economie-Gestion, Université de la Polynésie française.
- ✓ *Economie monétaire*, L2 Techniques de commercialisation, Université d'Avignon.
- ✓ *Microéconomie*, L2 Techniques de commercialisation, Université d'Avignon.
- ✓ *Economie internationale*, L2 Commerce et vente, Institut des Sciences de l'Entreprise et du Management, Montpellier.
- ✓ *Informatique appliquée*, L2 Sciences économiques et de gestion, Université Montpellier I.
- ✓ *Statistiques pour l'économie et la gestion*, L1 Economie-Gestion, Université de la Polynésie française.
- ✓ *Statistique descriptive*, L1 Sciences économiques et de gestion, Université Montpellier I.

Encadrement d'étudiants et jury

- ✓ Encadrements de travaux de recherche
 - Lo, Vanessa, « La légalité du cadre juridique de la concurrence dans les petits Etats insulaires du Pacifique », Thèse de doctorat en codirection avec le Professeur Philippe Guez, depuis 2013.
 - Gay, Jean-François, « Protectionnisme, concurrence, institutions et gouvernance en Polynésie française », Thèse de doctorat en sciences économiques dirigée par le Professeur Bernard Poirine, membre du comité de thèse, depuis 2013.
 - Landouch-Thomassin, Dominique, « La protection de l'enfance en Polynésie française : violences sexuelles intrafamiliales sur mineur », Thèse de doctorat en droit privée dirigée par le Professeur Philippe Guez, membre du comité de thèse, depuis 2013.
 - Vanquin, Teumere, « Etude comparative des prix à Tahiti et en Nouvelle-Calédonie », Master, 2014.
 - Patane, Alexia, « Les ressources humaines face aux conflits en entreprise et à leur mutation », Master, 2006.
 - Wateau, Guillaume, « Justifications théoriques de la notion de position de dominante collective », Master, 2006.

- Rougier, Antoine, « Les stratégies de couponing dans la grande distribution », Master, 2006.
 - Andy, Joseph-Rose, « Les programmes de clémence dans la lutte contre les ententes », Master, 2005.
 - Clermidy, Laurent, « *La pratique du prix de revente imposé dans l'industrie du livre », Master, 2005.
 - Ennasri, Ahmed, « Fusion, collusion et politique de la concurrence », Master, 2004.
 - Bardeau, Pauline, « Comment réaliser une fusion-acquisition performante ? », Master, 2004.
- ✓ Jurys de soutenance (exemples)
- Leontieff, Ksioucha, « La stratégie de marketing de Vini suite à l'ouverture du marché de la téléphonie mobile à la concurrence », Master, 2014.
 - Peni, Hinatea, « Motivation des investissements chinois en Polynésie française », Master, 2014.
 - Chungues, Pascal, « Partenariat public-privé et intercommunalité dans la gestion de l'eau », Master, 2014.
 - Raybaud, Aldaberon, « La revalorisation d'image d'une entreprise de service », Master, 2014.
 - Martyr, Marie-Elisabeth, « Diagnostic et analyse spatiale de la répartition des commerces et des riches commerciales du centre-ville de Papeete », Master, 2012.
 - Giordana, Gaston, « La concurrence dans le secteur bancaire : l'influence des banques publiques sur la structure de l'industrie », Master, 2003.
 - Gallai, Nicola, « Le comportement stratégique des gestionnaires de place financière », Master, 2003.

Notice de travaux

La rédaction d'un mémoire d'habilitation requiert généralement, comme cela a été discuté dans l'avant-propos, une organisation en deux parties, la première prenant la forme d'une rétrospective des travaux déjà réalisés par le candidat, et la seconde constituant au contraire une projection dans un avenir plus ou moins proche, destinée à mettre en exergue les centres d'intérêt qui sont ou seront *a priori* les siens dans les périodes futures. Mon début de carrière a cependant connu deux périodes distinctes, que j'ai choisi de scinder explicitement dans la présentation de mes recherches publiées. Ce mémoire présente donc une structure légèrement différente, constituée de trois parties, les deux premières étant tournées vers le passé.

Ma mutation à Tahiti à l'été 2007 a en effet infléchi mon travail, au sens où il s'est dès lors plus volontiers tourné vers les économies ultramarines, au premier rang desquelles, logiquement, on trouve l'économie polynésienne. J'ai ressenti comme un besoin de chercher à mieux comprendre mon nouvel environnement et les éléments parfois surprenants que j'y découvrais progressivement.

La première partie de ce mémoire présentera donc mes travaux généralistes s'intéressant à la concurrence et à la régulation des marchés. J'y expliquerai notamment comment mes réflexions m'ont conduit à m'intéresser à l'articulation des stratégies économiques avec la construction de la règle de droit. La deuxième partie montrera comment j'ai conservé ces mêmes centres d'intérêt, mais en y intégrant les spécificités des économies insulaires. Il ne s'agit cependant pas totalement d'une présentation chronologique de mes travaux, puisqu'au-delà des aspects ultramarins, j'ai poursuivi des recherches plus générales en économie de la concurrence, comme on le verra par exemple avec mes réflexions sur la mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs.

Outre-mer et métropole se rejoignent également quelquefois, comme on peut l'illustrer avec le cas des injonctions structurelles qui semblent ne plus devoir être réservées, à très brève échéance, aux seuls territoires ultramarins. Il en sera largement question dans la troisième partie présentant mes recherches actuelles et futures. L'actualité de ce nouvel outil qu'est l'injonction structurelle soulève en effet un certain nombre d'interrogations qui sont en connexion avec mes recherches passées et auxquelles je désire réfléchir et apporter dans la mesure du possible des éléments de réponse.

Mes recherches sont donc peut-être un peu en marge de l'académisme, et en toute hypothèse atypiques. Elles se situent à la frontière de l'économie et du droit et s'intéressent à de très petits territoires français, souvent ignorés et n'attirant que peu l'intérêt des chercheurs. Pourtant, je prends un plaisir non dissimulé à regarder vivre ces îles, tout en espérant les voir évoluer favorablement, au plan législatif et réglementaire, pour le bien-être économique de leurs populations. Sans doute est-ce un plan de carrière peu stratégique qui appelle l'humilité,

et c'est pourquoi, suivant Georges Courteline, « je livre à vos sévérités en les recommandant à toutes vos indulgences dont elles ont si grand besoin les pages qui composent ce mémoire »⁷.

1. Analyses économiques et juridiques de la concurrence

Mon travail de recherche s'est dès mon inscription en doctorat orienté vers l'organisation industrielle, c'est-à-dire l'étude du comportement stratégique des entreprises oligopolistiques⁸. Si mon approche initiale relevait de la stricte théorie économique, il m'est rapidement apparu indispensable d'en confronter les résultats au cadre juridique dans lequel les entreprises exercent leur activité. Initialement intéressé par l'étude des seuls accords d'échanges d'informations (1.1.), cette ouverture au droit m'a conduit à considérer avec attention la notion de politique de concurrence, à la fois en discutant de son efficacité réelle et potentielle, mais également en travaillant sur la question de la place de la réglementation et de ses conséquences sur l'émergence des équilibres au sein d'une économie de marché (1.2.).

1.1. Echanges d'informations : de l'organisation industrielle à l'économie du droit

L'étude des échanges d'informations, qui m'a occupé dès mes premières années dans le monde de la recherche, est un champ complexe, fondé sur des analyses microéconomiques mêlant à la fois des considérations statiques et dynamiques (1.1.1.). Cette approche d'économie théorique, si elle est indispensable à la compréhension des incitations des entreprises à participer aux accords d'échanges, a cependant une indéniable vocation pratique qui ne saurait se déconnecter longtemps d'une analyse juridique complémentaire (1.1.2.).

1.1.1. Une approche microéconomique des échanges d'informations

A l'origine de mon doctorat, je souhaitais donc étudier, en accord avec la volonté de mon directeur de thèse, le Professeur Christian Montet, les échanges d'informations dans les oligopoles. Cet angle d'étude théorique, fondement initial de mes recherches, provenait de la littérature économique sur les échanges d'informations, initiée par William Novshek et Hugo

⁷ La citation exacte, tirée de l'avant-propos de *Messieurs les ronds-de-cuir*, nécessite que l'on substitue « livre » à « mémoire » (Courteline G., 1993, *Messieurs les ronds-de-cuir*, éditions Flammarion (1^{ère} édition de 1893 ; ajout de l'avant-propos en 1926 à l'édition Bernouard).

⁸ Ronald Coase note ainsi que « *l'économie industrielle est devenue l'étude des politiques de prix et de production des firmes, en particulier dans les situations oligopolistiques* » (Coase R., 1991, « L'organisation industrielle : un programme de recherche », *Revue d'Economie Industrielle*, Vol. 58, pp. 15-27).

Sonnenschein et largement poursuivie dans les années suivantes, notamment par Xavier Vives, Esther Gal-Or, ou Carl Shapiro⁹.

L'étude de cette littérature met en évidence le fait que les échanges d'informations entre les entreprises peuvent dans certains cas apparaître comme un équilibre non coopératif, c'est-à-dire que les firmes choisissent de s'engager unilatéralement dans un échange d'informations en fonction de leurs propres incitations. Il n'y a donc, dans ce contexte, aucune interaction ou communication entre les entreprises en ce qui concerne le choix optimal de la variable stratégique, qu'il s'agisse de prix ou de quantités. Ce résultat de la possibilité d'un échange non coopératif d'informations n'est cependant pas généralisable à toutes les situations de marché et l'équilibre de Nash obtenu dépend de trois facteurs : nature des informations échangées, selon qu'il s'agit d'une information commune (sur la demande) ou privée (sur les coûts de production) ; type de concurrence en présence sur le marché : concurrence en quantité (oligopole Cournot) ou en prix (oligopole Bertrand) ; et forme de biens ou services produits, qui peuvent soit être substituables, soit être complémentaires.

Mon travail de thèse¹⁰ a consisté dans un premier temps à établir un lien entre des productions éparses de cette littérature technique et à faire apparaître la cohérence des résultats obtenus par les différents auteurs. Un article de David Malueg et Shunichi Tsutsui¹¹ ternissait cependant cette cohérence d'ensemble en apportant une importante critique sur le type de modélisation utilisé par cette littérature sur les échanges d'informations, tout au moins en ce qui concernait le cas d'une incertitude sur les conditions de la demande du marché. Au plan mathématique, les auteurs utilisaient généralement une modélisation économique qui portait sur l'ordonnée à l'origine d'une fonction de demande supposée linéaire, tandis que David Malueg et Shunichi Tsutsui considéraient au contraire que le paramètre aléatoire portait sur la pente de cette fonction, inversant ainsi certains des résultats de la littérature (pour une précision complémentaire, le partage d'informations devenait alors possible dans le cas Cournot à biens homogènes). Il m'a toutefois semblé que si ces auteurs mettaient en exergue un rôle particulièrement important de la nature de la modélisation de l'incertitude, concluant au caractère trop restrictif des modélisations précédentes, leurs hypothèses informationnelles méritaient également d'être étudiées plus en détail.

En effet, ils supposaient que les entreprises pouvaient être soumises à une désinformation, alors que les autres auteurs considéraient des situations dans lesquelles les firmes faisaient face à des manques d'informations potentiels. Dans un article publié dans la *Revue Economique*¹², j'ai proposé un modèle d'analyse de l'incertitude sur la demande qui

⁹ Novshek W. and Sonnenschein H., 1982, "Fulfilled Expectations Cournot Duopoly with Information Acquisition and Release", *Bell Journal of Economics*, Vol. 13, pp. 214-218 ; Vives X., 1984, "Duopoly Information Equilibrium: Cournot and Bertrand", *Journal of Economic Theory*, Vol. 34, pp. 71-94 ; Gal-Or E., 1985, "Information Sharing in Oligopoly", *Econometrica*, Vol. 53(2), pp. 329-343 ; Gal-Or E., 1986, "Information Transmission: Cournot and Bertrand Equilibria", *Review of Economic Studies*, Vol. 53, pp. 85-92 ; Shapiro C., 1986, "Exchange of Information in Oligopoly", *Review of Economic Studies*, Vol. 53, pp. 433-446.

¹⁰ Venayre F., 2001, *Echanges d'informations dans les oligopoles et politique de concurrence*, Thèse de doctorat, Université Montpellier I.

¹¹ Malueg D. and Tsutsui S., 1996, "Duopoly Information Exchange: The Case of Unknown Slope", *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 14, pp. 119-136.

¹² Venayre F., 1999, « [Incertitude sur la demande et incitations au partage de l'information dans un duopole](#) », *Revue Economique*, Vol. 50(3), pp. 601-610.

montre, en reprenant une hypothèse de désinformation, que la modélisation de l'incertitude sur la demande (pente ou ordonnée à l'origine) n'apparaît plus comme un élément déterminant du résultat obtenu. Ce résultat est robuste, aussi bien pour des modèles Cournot ou Bertrand, que pour des biens substituables ou complémentaires. Ainsi, c'est moins le type de modélisation de l'incertitude sur la demande utilisé qui est susceptible de remettre en question la littérature sur les échanges d'informations, que les conditions informationnelles de l'échange réalisé entre les firmes. Mon hypothèse de justification est que si les entreprises subissent un risque important de souffrir d'un manque d'information, cela déprécie la valeur de l'information détenue par la firme rivale, puisque la probabilité de recevoir une information pertinente, en cas de partage de l'information, s'avère alors très faible. Inversement, même si la probabilité de recevoir un signal informatif est faible, la firme reste susceptible d'acquérir une information qu'elle peut être tentée de garder privée, de manière à conserver alors son avantage informationnel sur son concurrent. Ce résultat semble par ailleurs s'articuler avec un précédent travail de Timothy Cason¹³, dans lequel l'auteur obtient des résultats également contraires à ceux de la littérature, mais avec un cadre informationnel très asymétrique, tout en utilisant pourtant une modélisation de l'incertitude similaire à celles des autres auteurs.

La théorie économique permet donc d'éclairer les conditions dans lesquelles les échanges d'informations entre les oligopoleurs sont mutuellement profitables pour les entreprises, sans qu'ils soient pour autant vus comme la résultante d'une volonté de leurs participants de nuire au libre jeu de la concurrence, c'est-à-dire qu'ils émergent comme des équilibres de Nash de jeux non coopératifs. Cependant, qu'en est-il de la règle de droit ? Dès mon travail doctoral, cette question s'est imposée et m'a conduit à m'intéresser au traitement juridique des échanges d'informations. Or, les travaux théoriques sur les échanges d'informations semblent ignorés des autorités de concurrence, du moins dans la vision que nous venons d'en avoir. Il s'agit en effet d'une approche statique des échanges, qui, si elle n'est pas sans fournir d'importants éclaircissements sur les motivations des entreprises, pose également des problèmes d'application. Dans cette littérature statique, en effet, les échanges d'informations sont décidés *ex-ante* : l'accord d'échange d'informations est ainsi formalisé avant que la réalisation de la variable aléatoire ne soit connue de ses participants. Dès lors, rien n'empêche *a priori*, une fois l'information privée obtenue, de refuser *ex-post* la transmission d'une information à ses concurrents si cette situation s'avère finalement plus profitable pour son détenteur – rappelons que le jeu non coopératif étant statique, il prend fin à l'issue de l'étape unique. Cela incite évidemment à s'interroger sur les échanges d'informations dans un cadre dynamique, par le biais de la littérature sur les jeux répétés.

Cette seconde approche des échanges d'informations réfère donc directement à la notion de collusion dynamique, fondamentale en politique de concurrence. La littérature statique, en revanche, n'aborde qu'indirectement les phénomènes de collusion, cette dernière pouvant en effet être seulement suspectée lorsqu'un échange se produit dans un cadre dans lequel les incitations non coopératives à l'échange n'existent pas.

¹³ Cason T., 1994, "The Impact of Information Sharing Opportunities on Market Outcomes: An Experimental Study", *Southern Economic Journal*, Vol. 61(1), pp. 18-39.

Si on trouve les prémisses de la notion de collusion non coopérative dans les écrits d'Edward Chamberlin¹⁴, c'est principalement à George Stigler¹⁵ qu'on en doit la conceptualisation. Il soulève en effet l'important problème de la soutenabilité de la collusion et suggère que le plus grand obstacle à laquelle elle fait face est la possibilité pour une entreprise de baisser secrètement les prix (*secret price cutting*), entraînant à terme la destruction de l'accord collusoire. Dès lors, l'enjeu d'un accord devient celui de la détection et de la sanction de ces déviations de l'accord initial. Mais le travail pionnier de George Stigler ne propose cependant pas de formalisation explicitement dynamique de la collusion. La théorie des jeux répétés, en ouvrant la possibilité de réagir aux décisions des concurrents et en introduisant donc la notion clef de représailles, va permettre l'explication de l'occurrence de solutions coopératives à des jeux non coopératifs. Véhiculée initialement par le théorème du folklore (*folk theorem*) et les nombreux travaux qui en découlant, c'est ensuite dans les notions de code pénal (*penal code*) et de stratégie de déclic (*trigger strategy*), initiées par James Friedman¹⁶ et étendue aux jeux à information imparfaite par Edward Green et Robert Porter¹⁷, qu'on trouve matière à aborder de façon plus satisfaisante le phénomène de collusion non coopérative. L'idée est que tant qu'aucune déviation de l'accord collusoire n'est observée, le jeu répété non-coopératif permet d'atteindre une solution coopérative. En revanche, dès qu'une déviation est avérée, le retour à l'équilibre concurrentiel est immédiat, en tant que punition du déviant (d'où les appellations de stratégie de déclic et de code pénal). Nombreux ont été les travaux qui se sont attachés à discuter de l'impact des différents codes pénaux : on en trouvera une présentation de qualité dans la thèse de Thierry Pénard¹⁸, primée par l'Association française de sciences économiques en 1998.

La littérature sur la collusion dynamique conduit à différencier le potentiel anticoncurrentiel des échanges d'informations selon de nouvelles modalités, qui réfèrent à l'importance de trouver un équilibre collusoire qui soit stable dans le temps. On distingue ainsi les informations passées des informations futures, l'échange privé de l'échange public, et les informations individuelles des informations agrégées¹⁹. L'importance de cette notion de collusion dynamique pour la politique de concurrence²⁰ m'a alors conduit dans la seconde partie de mon doctorat à m'intéresser plus avant à la pratique des autorités de concurrence en matière d'échanges d'informations. Alors que je m'étais jusqu'alors strictement cantonné aux aspects modélisateurs des échanges d'informations, et donc à la théorie économique *stricto*

¹⁴ Chamberlin E., 1933, *The Theory of Monopolistic Competition*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts (*La théorie de la concurrence monopolistique*, Presses Universitaires de France, Paris, 1953).

¹⁵ Stigler G., 1964, "A Theory of Oligopoly", *Journal of Political Economy*, Vol. 72, pp. 44-61.

¹⁶ Friedman J., 1971, "A Non-cooperative Equilibrium for Supergames", *Review of Economic Studies*, Vol. 38, pp. 1-12. On doit cependant l'appellation *trigger strategy* à Roy Radner (Radner R., 1980, "Collusive Behavior in Noncooperative Epsilon-Equilibria of Oligopolies with Long but Finite Lives", *Journal of Economic Theory*, Vol. 22, pp. 136-154).

¹⁷ Green E. and Porter R., 1984, "Noncooperative Collusion under Imperfect Price Information", *Econometrica*, Vol. 52(1), pp. 87-100.

¹⁸ Pénard T., 1997, *Dynamique concurrentielle et collusion : les jeux répétés comme fondements de la politique de concurrence*, Thèse de doctorat, Université Paris I.

¹⁹ Venayre F., 2001, *op. cit.*, Chapitre III.

²⁰ Pénard T., 1998, « Les jeux répétés. Un instrument de décision pour les autorités concurrentielles », *Revue Economique*, Vol. 49(3), pp. 743-753. Voir également, qui souligne l'impact d'un contexte d'asymétrie informationnelle : Pénard T. et Souam S., 2002, « Collusion et politique de la concurrence en information asymétrique », *Annales d'Economie et de Statistique*, Vol. 66, pp. 209-233.

sensu, je me suis alors ouvert à l'analyse juridique de ces mêmes échanges, dirigeant mes recherches vers l'économie du droit, qui reste au cœur de mon activité depuis.

1.1.2. Traitement juridique des échanges d'informations

L'idée initiale était de rechercher dans quelle mesure la pratique des autorités de concurrence correspondait, en matière de sanction des échanges d'informations, aux résultats de la littérature statique qui ont été brièvement présentés plus haut. Pour cela, à l'aide des bases de données juridiques disponibles, j'ai passé en revue l'intégralité des affaires dans lesquelles les autorités françaises ou européennes avaient eu à discuter d'échanges d'informations. Pour chaque cas, j'ai identifié quels étaient les paramètres du marché, selon la typologie de la littérature théorique : information sur la demande ou sur les coûts, concurrence de type Bertrand ou Cournot et biens substituables ou complémentaires.

Cette méthodologie conduisait par exemple à écarter des cas d'échanges d'informations portant sur des éléments non pris en considération par les modèles de la littérature économique²¹. Ce sont ainsi 44 cas d'échanges qui ont été retenus et catalogués. Étonnamment, tous correspondaient à des situations de marché pour lesquelles la théorie économique identifiait un accord non coopératif d'échange d'informations.

Ce résultat, publié dans la *Revue d'Economie Industrielle* en 2004²², ne signifie bien entendu pas qu'il faille remettre en cause les décisions des autorités de concurrence car l'échange d'informations n'était pas la seule pratique mise en évidence par les autorités. D'autres éléments venaient souvent appuyer les échanges d'informations en cause, faisant alors apparaître celui-ci comme un mécanisme de soutien d'une entente plus élaborée, rejoignant ainsi les préoccupations de la littérature sur la collusion dynamique. Mais ce travail montre cependant que la complexité d'analyse des échanges d'informations doit conduire à la circonspection et plaide notamment, en général, en faveur d'un traitement des échanges d'informations selon une règle de raison, plutôt qu'à un recours à une interdiction *per se*.

Ainsi, il semble qu'il faille appréhender les échanges d'informations selon leur double aspect. D'une part, une vocation à diminuer l'incertitude à laquelle les entreprises sont soumises, ce qui peut résulter d'un comportement non coopératif des firmes, être susceptible d'améliorer l'efficacité des choix des firmes et améliorer alors le bien-être social dans certaines situations. Et d'autre part, le risque inhérent à l'échange, qui est de renforcer le potentiel de création ou de maintien d'une collusion, par le renforcement d'une transparence artificielle et potentiellement néfaste du marché. L'importance de chacun de ces effets dépend alors des

²¹ Dans un court commentaire, réalisé plus tard, la question des échanges d'informations sur la clientèle, absente des considérations de la littérature statique, a cependant été effleurée : Venayre F., 2007, « [Echanges d'informations sur la solvabilité des emprunteurs](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 11, Avril-Juin, p. 26.

²² Venayre F., 2004, « [Echanges d'informations : les jurisprudences française et communautaire à l'aune des prédictions théoriques](#) », *Revue d'Economie Industrielle*, Vol. 108, pp. 91-112.

conditions de marché, mais aussi de la nature des informations échangées. Une synthèse de ces résultats a été proposée dans la *Revue Lamy de la Concurrence* en 2005²³.

J'ai continué par la suite à étudier les situations d'échanges d'informations traitées par les autorités françaises de concurrence. La fin de l'année 2005, notamment, a vu le Conseil de la concurrence prendre deux décisions à quelques jours d'intervalle : celle des palaces parisiens et celle, très célèbre, de l'entente dans la téléphonie mobile²⁴. Or, si les échanges d'informations mis en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile avaient clairement pour finalité de soutenir un mécanisme abouti d'entente, il n'apparaissait pas que les échanges des palaces parisiens puissent être considérés comme le support d'un mécanisme anticoncurrentiel connexe, de même que les dommages aux consommateurs ou à l'économie pouvaient faire l'objet d'une discussion, comme je l'ai développé en 2006²⁵. J'ai tout récemment discuté de la différence entre l'effet et l'objet anticoncurrentiel des échanges d'informations, également dans la *Revue Lamy de la Concurrence*²⁶.

A l'occasion de l'annonce par la Commission européenne de la suppression des accords d'exemption des compagnies aériennes, nous avons abordé une question spécifique de la coordination entre entreprises, avec mon collègue Thierry Blayac, économiste des transports, actuellement professeur de sciences économiques à l'Université Montpellier I. Il s'agissait pour nous d'analyser les conséquences de la modification de l'organisation du marché européen des services de transport aérien du point de vue des mécanismes de coordination horaires et tarifaires des compagnies aériennes²⁷. En effet, si l'on peut aisément concevoir que la coordination horaire est indispensable à l'obtention d'un niveau satisfaisant du surplus pour les consommateurs, les risques anticoncurrentiels en ce qui concerne la coordination tarifaire sont bien évidemment beaucoup plus élevés et appellent à ce titre une certaine méfiance. Pour autant, nous avons montré que cette seconde forme de coordination comportait elle aussi des éléments favorables au bien-être des consommateurs, et particulièrement ce que nous avons appelé le « *guichet unique* » (c'est-à-dire la possibilité pour le consommateur en interligne de bénéficier d'un interlocuteur unique lors de la commercialisation des billets et des services qui peuvent en découler), qui devait donc être préservé d'une manière ou d'une autre.

Compte tenu du degré de complexité de l'analyse des mécanismes d'échanges d'informations entre les entreprises, les professionnels peuvent donc peiner à évaluer l'impact exact des échanges qu'ils mettent en œuvre. Les autorités accroissent ainsi avec le temps leur

²³ Venayre F., 2005, « [Les apports de la théorie économique à l'étude des accords d'échanges d'informations](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 2, Février-Avril, pp. 122-125.

²⁴ Décisions n° 05-D-64 du 25 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens et n° 05-D-65 du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile.

²⁵ Venayre F., 2006, « [Echanges d'informations : évaluation des effets anticoncurrentiels](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 6, Janvier-Mars, pp. 20-24. L'affaire de la téléphonie mobile a également fait l'objet de deux commentaires courts, au fil de ses développements : Venayre F., 2007, « [Téléphonie mobile : on raccroche !](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 11, Avril-Juin, p. 27 ; et : Venayre F., 2012, « [Fin du feuilleton judiciaire de la téléphonie mobile](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 33, Octobre-Décembre, pp. 20-21.

²⁶ Venayre F., 2015, « [Objet vs. effet anticoncurrentiel dans le traitement des échanges d'informations](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 43, Avril-Juin, pp. 11-14.

²⁷ Blayac T. et Venayre F., 2007, « [L'organisation du marché européen des services de transport aérien face à la suppression annoncée des exemptions](#) », *Transports*, Vol. 443, Mai-Juin, pp. 153-162.

communication en direction des entreprises²⁸. Les organismes professionnels ont également su se saisir de l'opportunité qui leur était offerte de demander l'avis des autorités de concurrence pour s'assurer de la conformité avec les règles concurrentielles des échanges d'informations existants ou envisagés. Cette situation tend par exemple à se développer en France, contribuant à déplacer l'analyse des échanges d'informations dans un champ régulateur plutôt que contentieux, comme je l'ai exposé en 2012²⁹.

Une approche strictement théorique des mécanismes informationnels, pour intéressante qu'elle soit, ne m'apparaissait donc pas suffisante pour appréhender pleinement la question de la communication entre les firmes. L'adéquation de la règle de droit aux enseignements des modèles, ou encore la confrontation de la pratique des autorités aux incitations des agents économiques, constituaient autant de vecteurs nécessaires à la compréhension des mécanismes. Le caractère profondément mouvant des textes juridiques, ou des interprétations de la règle de droit, notamment par le développement des instruments de *soft law*, conduisent à reconsidérer régulièrement les approches ou leurs enseignements et sont susceptibles de modifier en profondeur les incitations des agents économiques. Pour l'ensemble de ces raisons, j'ai trouvé dans le développement d'analyses juridiques une source d'enrichissement de la réflexion, conférant en outre à mes recherches un caractère appliqué et normatif qui me faisait apparaître plus utile mon travail³⁰.

1.2. Efficacité de la politique de concurrence et place de la réglementation

Une fois modifiée mon approche microéconomique initiale pour m'intéresser en outre à l'économie du droit, les questions de l'efficacité de la règle de droit et de son articulation avec les incitations économiques, les effets anticoncurrentiels et leurs impacts en termes de surplus économique sont devenues centrales. Une question clef – et multiforme – qui en découle est celle de la place relative des mécanismes de marché et de la réglementation. Le droit de la concurrence doit-il être contenu à la fourniture d'un cadre dans lequel les stratégies de marché des entreprises pourraient s'épanouir en permettant des équilibres de marché optimaux ? Ou dans quelles situations est-il nécessaire d'y adjoindre des réglementations complémentaires, les mécanismes de marché s'avérant insuffisants à l'émergence de tels équilibres ? D'une part, si le jeu concurrentiel est insuffisant, la nécessité d'une intervention complémentaire se fait jour, mais d'autre part, toute forme d'intervention porte en elle des risques de perturbation des mécanismes de marché, de contournement ou d'effets pervers qu'il convient de pouvoir minimiser.

²⁸ Voir par exemple les lignes directrices en matière d'accords horizontaux de la Commission européenne, qui consacrent un chapitre entier à la question des échanges d'informations (« Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale », n° 2011/C 11/01, *Journal officiel de l'Union européenne* du 14 janvier 2011, chapitre 2).

²⁹ Venayre F., 2012, « [Licéité des échanges d'informations entre concurrents : Une Autorité de plus en plus régulatrice](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 33, Octobre-Décembre, pp. 18-19.

³⁰ Nous verrons ultérieurement que mon arrivée en poste en outre-mer n'a fait que renforcer cette importance de la recherche d'une utilité sociale de mon travail.

Ces travaux, pour la plupart collaboratifs et réalisés essentiellement avec l'aide de Patrice Bougette et Christian Montet, peuvent être regroupés selon trois catégories complémentaires : l'analyse des règles visant à encadrer la croissance des entreprises (1.2.1.), l'étude des stratégies d'adaptation des entreprises aux contraintes de la règle de droit, et les questions qu'elles soulèvent sur l'articulation entre antitrust et régulation des marchés (1.2.2.), et enfin les interrogations sur les outils visant à accroître l'efficacité des politiques de concurrence (1.2.3.).

1.2.1. Croissance des entreprises et réglementation de la concurrence

Un premier axe de cette réflexion sur l'efficacité du droit porte sur les phénomènes de croissance des entreprises. Pour mon plus grand bonheur, j'ai eu l'occasion, dès mon doctorat, de pouvoir m'intéresser d'un point de vue extrêmement pratique au contrôle des concentrations. Christian Montet, qui développait depuis une douzaine d'années une activité de conseil économique auprès de cabinets juridiques dans le cadre d'affaires de concurrence, m'a proposé de travailler avec lui sur le projet de la concentration Carrefour-Promodès en 2000³¹. Nous avons ainsi réalisé ensemble une étude destinée à alimenter la procédure en cours auprès du Conseil de la concurrence, qui visait à déterminer le potentiel anticoncurrentiel de la fusion, essentiellement dans le pourtour des grandes villes françaises : Marseille, Lyon et, bien entendu et au premier chef, la région parisienne. A l'aide d'une étude statistique mettant en évidence l'absence de corrélation significative entre les niveaux des prix des hypermarchés et la part de leur zone de chalandise en concurrence avec d'autres enseignes, nous avons pu isoler les quelques situations dans lesquelles le rachat était susceptible de générer des monopoles locaux.

Nous avons par la suite poursuivi notre collaboration dans d'autres dossiers. Nous avons par exemple travaillé ensemble sur une autre concentration dans le domaine de la manutention portuaire, peu de temps après ma nomination comme maître de conférences à l'Université Montpellier I³². Relevant toujours de l'analyse des mécanismes de concentration, nous avons également travaillé sur deux projets de privatisation. Le premier d'entre eux était celui de la privatisation des autoroutes françaises³³. Nous y mettions en garde contre une privatisation qui conduisait à une intégration verticale du concessionnaire autoroutier et de l'activité amont de travaux publics, qui présentait d'importants risques d'éviction des concurrents sur le marché des travaux et risquait à terme de voir, dans un contexte d'asymétrie informationnelle renforcée entre le concessionnaire et l'autorité de tutelle, une augmentation des prix des péages. Dans l'hypothèse – non souhaitée – d'un maintien de la décision de privatisation, nous avons proposé avec Christian Montet une amélioration du cahier des

³¹ Montet C. et Venayre F., 2000, *Etude de la concurrence sur les marchés locaux de la grande distribution alimentaire : la fusion Carrefour-Promodès*, Rapport réalisé à l'intention du Conseil de la concurrence, 50 p.

³² Montet C. et Venayre F., 2003, *Analyse économique des risques concurrentiels dans le projet d'acquisition de Sogema par Sea Invest*, Note réalisée à l'intention de la DGCCRF. J'ai également travaillé seul sur un autre projet de d'acquisition, mais qui n'a finalement pas été réalisé, acheteur et vendeur ayant au dernier moment échoué à trouver un accord, et dont je ne peux donc parler ici.

³³ Montet C. et Venayre F., 2005, *Les risques anticoncurrentiels de la privatisation de la société ASF*, Rapport réalisé à l'intention du Conseil de la concurrence, Juillet, 25 p.

charges du concessionnaire autoroutier, de façon à réduire autant que possible les risques de dérapages tarifaires, tout en soulignant que ces mesures ne seraient qu'un pis-aller. Cette affaire a été pour moi – je crois même pouvoir dire pour nous – une grande satisfaction personnelle, à la fois du fait du sentiment d'utilité qu'elle m'a apporté, et du fait que l'avis rendu par le Conseil de la concurrence reprenait une très large part de nos arguments. La privatisation, réalisée en dépit des avertissements officiels du Conseil, a d'ailleurs montré que nos craintes étaient fondées, et l'Autorité de la concurrence en a récemment souligné les impacts défavorables pour les consommateurs³⁴. Dans un cadre distinct, mais en se fondant sur une analyse voisine, nous avons également mis en exergue les risques d'une privatisation potentielle des aéroports français³⁵. Là encore, nous avons eu la satisfaction de voir notre analyse largement suivie par l'Autorité³⁶.

La première affaire de concurrence sur laquelle j'ai travaillé avec Christian Montet, celle de la fusion Carrefour-Promodès, m'a incité à m'intéresser à la théorie économique sur les concentrations. Ainsi, en parallèle de nos recherches personnelles, nous avons commencé à échanger à partir de 2004, avec mon collègue Patrice Bougette actuellement maître de conférences à l'Université de Nice Sophia-Antipolis et spécialiste de la question des remèdes en matière de contrôle des concentrations, sur les modalités et l'efficacité de ce contrôle. Progressivement, nous avons déterminé un projet de recherche qui a donné lieu à une publication dans la *Revue d'Economie Industrielle* en 2008³⁷.

Nous y exposons la nécessité de recourir à un contrôle amont des concentrations, à la fois en raison du renforcement du pouvoir de marché et de l'accroissement du risque collusoire qui sont susceptibles d'en découler. Toutefois, ces risques sont à considérer également au regard des gains d'efficacité, d'une meilleure qualité ou d'une plus grande diversité des produits proposés aux consommateurs, qu'une fusion autorise également. Cette approche du bilan économique d'une concentration est à l'origine d'une littérature théorique extrêmement dense, qui prend sa source dans le travail précurseur d'Oliver Williamson³⁸. Mais nous avons également mis en évidence les risques inhérents à un contrôle amont des concentrations. L'asymétrie informationnelle à laquelle les autorités sont confrontées peut en effet inciter les parties fusionnantes à surévaluer les bénéfices de l'opération³⁹, ce qui a pu justifier une réticence certaine des autorités à l'égard des arguments d'efficacité justifiant une fusion (*efficiency defense*) ou de la théorie de l'entreprise défaillante permettant d'assurer la

³⁴ Avis n° 14-A-13 du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires.

³⁵ Montet C. et Venayre F., 2008, *Analyse économique et conséquences tarifaires de la privatisation des aéroports français*, Rapport réalisé à l'intention du Conseil de la concurrence, Juin, 65 p. Voir également : Venayre F., 2010, « [L'évolution du secteur aéroportuaire française renforce la nécessité de régulation](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 23, Avril-Juin, pp. 27-30.

³⁶ Avis n° 10-A-04 du 22 février 2010 relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur les réseaux et infrastructures (AMCRI) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français.

³⁷ Bougette P. et Venayre F., 2008, « [Contrôles a priori et a posteriori des concentrations : comment augmenter l'efficacité des politiques de concurrence ?](#) », *Revue d'Economie Industrielle*, Vol. 121, pp. 9-40.

³⁸ Williamson O., 1968, "Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs", *American Economic Review*, Vol. 58(1), pp. 13-36.

³⁹ Lagerlöf J. and Heidhues H., 2005, "On the Desirability of an Efficiency Defense in Merger Control", *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 23(9-10), pp. 803-827.

sauvegarde d'une entreprise en dépit de risques anticoncurrentiels (*failing firm defense*)⁴⁰. L'information asymétrique peut ainsi conduire à une forme de « principe de précaution », qui, de peur d'accepter des fusions néfastes à la collectivité (erreur de type 2 au sens d'Alan Fisher et Robert Lande⁴¹), pourrait conduire à interdire des fusions améliorant pourtant le bien-être social (erreur de type 1) ou à des remèdes excessifs induisant des coûts inutiles (erreur de type 3). Nous avons de ce point de vue ouvert la discussion sur l'éventualité d'un contrôle aval des concentrations. Un tel contrôle *ex-post* pourrait être déclenché en cas d'abus de position dominante manifeste et nous émettions l'hypothèse qu'il serait susceptible de responsabiliser les comportements post-fusion des opérateurs, de même qu'il permettrait d'accroître le champ d'action des autorités, en rendant possible une lutte plus active, par exemple, contre les politiques de fait accompli, visant à procéder à la fusion sans autorisation préalable, ou contre celle des rachats au fil de l'eau. J'avais étudié précédemment de telles stratégies de rachat au fil de l'eau sur le marché français de la bière distribuée en CHR (cafés-hôtels-restaurants), sur lequel les brasseurs avaient été conduits à céder quelques entrepôts, mais en nombre très insuffisants au regard des risques anticoncurrentiels du marché⁴². Ces réflexions pouvaient à l'époque paraître décalées, tant l'article L. 430-9 du code de commerce semblait définitivement enterré par l'affaire de l'eau de l'été 2002⁴³, mais le contexte a bien évolué depuis, comme nous le verrons plus loin lorsque sera abordée la question des projets de recherche à venir, et la très en vogue notion d'injonction structurelle qui m'intéresse particulièrement à l'heure actuelle.

Si le contrôle des concentrations permet de juguler lorsque nécessaire la croissance externe des entreprises, il est en revanche inopérant lorsqu'il s'agit de croissance interne. On connaît les problèmes qui peuvent être soulevés dans les cas de prééminence de certaines entreprises sur leur marché, notamment en raison d'avancées technologiques : des entreprises telles que Microsoft, Google ou Facebook font souvent l'objet de reproches majeurs et attirent l'intérêt des autorités de concurrence. Mais cet aspect est également important en matière de distribution, la zone de chalandise des surfaces commerciales étant réduite et l'émergence de monopoles locaux y étant facilitée. On sait que le législateur est depuis longtemps sensibilisé à cette question et que la première loi d'urbanisme commercial date de 1973, soit dix années seulement après l'ouverture en France du premier hypermarché⁴⁴. Mais à la suite de différents rapports comme celui de Patrick Rey et Jean Tirole⁴⁵, ou encore celui de

⁴⁰ Bergman M., Jakobsson M. and Razo C., 2005, "An Econometric Analysis of the European Commission's Merger Decisions", *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 23(9-10), pp. 717-737 ; Janin L. et Menoni B., 2008, « Le contrôle des concentrations en France : analyse empirique des avis du Conseil de la concurrence », *Economie et Prévision*, Vol. 178-179, pp. 93-114 ; Motta M. and Vasconcelos H., 2005, "Efficiency Gains and Myopic Antitrust Authority in a Dynamic Merger Game", *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 23 (9-10), pp. 777-801.

⁴¹ Fisher A. and Lande R., 1983, "Efficiency Considerations in Merger Enforcement", *California Law Review*, Vol. 71(6), pp. 1582-1696.

⁴² Venayre F., 2005, « [Demi-mesures sur le marché français de la bière](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 4, Août-Octobre, pp. 9-13.

⁴³ Décision n° 02-D-44 du 11 juillet 2002 relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement, notamment en ce qui concerne la mise en commun des moyens pour répondre à des appels à concurrence. Sur cette affaire, voir : Montet C. et Sélin V., 2002, « Le contrôle *a posteriori* des concentrations à l'initiative du Conseil de la concurrence (C. com., art. L. 430-9) », *Revue Lamy Droit des Affaires*, Vol. 55, pp. 5-22.

⁴⁴ Il s'agit de la loi Royer : loi d'orientation du commerce et de l'artisanat n° 73-1193 du 27 décembre 1973.

⁴⁵ Rey P. et Tirole J., 2000, *Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs*, La Documentation française, Paris.

Guy Canivet⁴⁶, nous avons montré avec Christian Montet⁴⁷ que ces restrictions à l'implantation des grandes surfaces n'étaient pas étrangères à l'émergence d'une importante puissance d'achat de la grande distribution française et au développement de la pratique du prix d'appel⁴⁸. Le législateur, tentant de contraindre les comportements des distributeurs, avait donc légiféré à nouveau, sur l'encadrement des pratiques commerciales, et notamment en interdisant la revente à perte. La célèbre loi Galland⁴⁹ avait ainsi été adoptée, induisant elles-mêmes de nombreux effets néfastes tels que le développement de la pratique des marges arrière, un mécanisme cumulatif de hausse des prix, une convergence tarifaire, des risques accrus de collusion tacite entre fournisseurs et une concurrence atone entre enseignes, dont nous discutons en détail dans cet article. Des études économiques ont depuis précisé ces effets tarifaires de la réglementation des relations fournisseurs-distributeurs⁵⁰.

1.2.2. Stratégies d'adaptation des firmes, antitrust et régulation des marchés

L'étude de la croissance interne des distributeurs jette un éclairage différent sur l'étude du droit de la concurrence, puisque ce dernier se voit donc complété, pour ce qui est de ce secteur, par un ensemble de réglementations administratives, soit régulant les implantations ou extensions des grandes surfaces, soit régulant les relations commerciales avec les fournisseurs. On comprend que l'idée soit de limiter la possibilité d'émergence de monopoles locaux, ou d'éviter les abus d'une puissance d'achat – par ailleurs largement construite sur des bases autorisées par les restrictions de l'urbanisme commercial –, mais le remède s'est sans doute avéré plus déséquilibrant que le mal lui-même en instituant une forme de protectionnisme des firmes déjà installées, coûteux pour les consommateurs et perturbateur pour les équilibres de marché.

Les difficultés d'une articulation entre droit de la concurrence et mesures réglementaires sont ainsi soulevées et le développement de réglementations sectorielles connexes au droit de la concurrence renforce de la part des opérateurs privés les possibilités d'utilisations stratégiques des règles. Le droit de la concurrence lui-même, bien que fondé sur d'assez larges principes généraux, comme le contrôle des concentrations ou les interdictions des ententes et abus de position dominante, offre lui-même des possibilités d'actions stratégiques des firmes.

⁴⁶ Canivet G, 2004, *Rapport du groupe d'experts constitué sur les rapports entre industrie et commerce*, remis au ministre Monsieur Nicolas Sarkozy le 18 octobre.

⁴⁷ Montet C. et Venayre F., 2004, « [Grande distribution française : faire confiance au marché ou céder à la tentation réglementaire ?](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 1, Novembre, pp. 174-181. Cet article a été repris en 2005 par les éditions Lamy pour la revue *Diplôme* (Mars, pp. 18-26).

⁴⁸ Sur la puissance d'achat, voir : Pfister E., 2009, « Puissance d'achat et politique de concurrence », *Concurrences*, n° 1-2009, pp. 34-41 ; et pour une revue des dispositifs européens : Pfister E., 2008, "Regulation of the Supplier-Retailer Commercial Relationships: An Overview of 17 European Countries Regimes", *Concurrences*, n° 3-2008.

⁴⁹ Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 relative à la loyauté et l'équilibre des relations commerciales.

⁵⁰ Biscourp P., Boutin X. and Vergé T., 2013, "The Effects of Retail Regulations on Prices: Evidence From the Loi Galland", *Economic Journal*, Vol. 123(12), pp. 1279-1312 ; Boutin X. et Guerrero G., 2008, « Loi Galland et prix à la consommation », Note de conjoncture, INSEE, Juin.

Dans un travail publié en 2006 dans la *Revue de la Concurrence et de la Consommation*⁵¹, nous nous sommes interrogés, avec Patrice Bougette et Christian Montet, sur les relations qu'entretiennent stratégies d'entreprises et droit de la concurrence. Nous avons proposé une analyse des adaptations des stratégies des entreprises aux contraintes imposées par le droit de la concurrence, de façon à rendre ces contraintes le moins coercitives possible, tout en restant dans la légalité. Ce travail souligne la confrontation qui existe entre les stratégies des entreprises, principalement celles des leaders de marché, et le droit antitrust, particulièrement en présence d'incertitudes sur la règle de droit ou sur les modalités de son application. En dehors de la violation pure et simple de la règle de droit, qui déclenche la sanction en cas de détection, il existe nombre de situations où les entreprises peuvent intelligemment adapter leurs stratégies à la règle de droit sans qu'il y ait pour autant de sanctions à craindre : actions simultanées mais non concertées, actions unilatérales agressives pour l'obtention d'un avantage compétitif, ou jeu avec les règles en matière de concentration ou les réglementations de marché.

Toute nouvelle règle de droit génère donc des modifications comportementales des décideurs. Mais l'impact du droit de la concurrence sur le milieu des affaires ne se limite pas à ces adaptations stratégiques, il peut aussi lui-même faire l'objet d'une utilisation stratégique de la part des entreprises. Dans un travail connexe au précédent et publié dans la même revue, nous avons, toujours tous les trois et épaulés en outre par Loraine Donnedieu de Vabres-Tranié, du cabinet d'avocats parisien Jeantet & Associés, proposé une enquête sur cette utilisation stratégique des règles du droit de la concurrence⁵². Parmi les résultats obtenus, l'enquête montre que les trois quarts des entreprises ayant déjà été impliquées dans une procédure de concurrence considèrent effectivement le droit de la concurrence comme une arme stratégique. A cet égard, les occurrences les plus fréquentes de l'utilisation stratégique du droit sont de contraindre une entreprise dominante ou de s'opposer à des prix agressifs ou des comportements discriminatoires. L'enquête fait également apparaître d'autres informations intéressantes. Par exemple, il ressort que l'immense majorité des entreprises intègre le droit de la concurrence au processus de décision, à l'aide de mesures spécifiques de formation ou de chartes éthiques par exemple, mais que la compréhension des règles de droit diffère selon les procédures. C'est ainsi le contrôle des concentrations qui est le mieux compris par les entreprises, puis les interdictions concernant les ententes et les abus de position dominante (ces derniers étant tout de même un peu moins compris que les précédentes). Enfin, la compréhension est sans surprise plus faible encore pour le droit des restrictions verticales et la coopération commerciale, par essence mouvants et parfois en déconnexion avec les incitations de marché des entreprises ou même avec la théorie économique.

Le traitement du secteur de la grande distribution par les autorités politiques illustre bien la difficulté d'une action sectorielle spécifique. Ainsi, le Titre IV du Livre IV du code de commerce propose-t-il une curiosité française, peu répandue à l'extérieur, qui vise à réglementer d'une part les éléments de transparence des relations commerciales et d'autre part

⁵¹ Bougette P., Montet C. et Venayre F., 2006, « [L'adaptation légale de la stratégie aux contraintes du droit de la concurrence](#) », *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, Vol. 144, Janvier-Février, pp. 11-23.

⁵² Bougette P., Donnedieu de Vabres-Tranié L., Montet C. et Venayre F., 2006, « [Stratégie et droit de la concurrence : une enquête auprès de grandes entreprises françaises](#) », *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, Vol. 144, Janvier-Février, pp. 2-10.

à interdire un certain nombre de pratiques verticales considérées comme restrictives de concurrence, tout en les sortant du champ d'action de l'Autorité. On peut ainsi regretter qu'aucune analyse économique ne soit le plus souvent réellement menée et que l'on puisse préférer dans certains cas une interdiction *per se*, alors même que les résultats de la théorie économique en appellent à la règle de raison. Les relations verticales, tout comme nous l'avons précédemment vu pour les échanges d'informations, seraient donc utilement appréhendées selon un bilan concurrentiel détaillé, plutôt que par des interdictions strictes.

Nous avons eu, avec Christian Montet, l'occasion de défendre cette position dans l'affaire des parfums⁵³, dans laquelle parfumeurs et détaillants se voyaient reprocher des pratiques d'entente verticale, et particulièrement la fixation de prix imposés. Néanmoins, les résultats de la théorie économique en matière de relations verticales⁵⁴, les caractéristiques du mode de distribution sélective⁵⁵, ainsi que la nature de luxe des produits commercialisés incitaient à considérer que l'infraction n'était pas aussi grave que supposée. Ainsi, le prix de détail restait selon nous un élément essentiel de la stratégie du fabricant et participait au nécessaire positionnement de luxe des produits vendus. Nous avons cependant montré que l'hypothèse d'une élévation du prix de gros pour assurer le positionnement tarifaire final des produits était irréaliste, ce qui justifiait en l'espèce un intérêt des fabricants pour le prix final des distributeurs. En outre, en cas de maintien d'une interdiction *per se* du prix de revente imposé, les entreprises pourraient trouver avantage à l'intégration verticale, ce qui conduirait alors à nuire au pluralisme des détaillants et pourrait à terme s'avérer dommageable pour le consommateur en termes de surplus. L'affaire *Leegin*, aux Etats-Unis, a montré deux années plus tard l'ouverture que nous préconisions en modifiant sensiblement la jurisprudence américaine en matière de prix de revente imposés⁵⁶.

Si le droit de la concurrence est fondamentalement indispensable à un fonctionnement sain et efficace des marchés, il est en revanche important d'en conserver une application la plus large et généraliste possible. De ce point de vue, le droit antitrust ne saurait être considéré comme un moyen de rapprocher au plus possible les conditions concurrentielles des marchés du modèle théorique de la concurrence parfaite, et donc d'une tarification au coût marginal. Le but ultime du droit n'est pas d'éradiquer tout pouvoir de marché des entreprises. Nombre sont

⁵³ Décision n° 06-D-04 bis du 13 mars 2006 relative à des pratiques dans le secteur de la parfumerie de luxe ; Montet C. ; et Venayre F., 2005, *Les systèmes de distribution sélective des produits de luxe : pratiques, justifications économiques et analyse en termes de bien-être*, Rapport réalisé à l'intention du Conseil de la concurrence, Octobre, 120 p.

⁵⁴ Voir notamment : Comanor W. and Frech III H., 1985, "The Competitive Effects of Vertical Agreements?", *American Economic Review*, Vol. 75(3), June, pp. 539-546 ; et : Cooper J., Froeb L., O'Brien D. and Vita M., 2005, "Vertical Antitrust Policy as a Problem of Inference", *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 23, September, pp. 639-664. Pour une vision englobante récente, voir également : Martimort D. et Pouyet J., 2014, « Effets des restrictions verticales et accès au réseau de distribution : Les pratiques d'exclusivité dans le secteur des machines agricoles », *Concurrences*, Vol. 4-2014 ; Rey P. et Vergé T., 2014, « Vertical Restraints in European Competition Policy », *Concurrences*, Vol. 4-2014, pp. 44-53.

⁵⁵ Voir : Viennois J.-P., 1999, *La distribution sélective*, éditions FNDE, Litec, Collection Bibliothèque du Droit de l'Entreprise, Septembre, 456 p.

⁵⁶ Supreme Court of the United States, 2007, *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 127 S. Ct. 2705. Voir, pour des commentaires : Lindsay M., 2007, "Resale Price Maintenance and the World After *Leegin*", *Antitrust*, Vol. 22(1), Fall, pp. 32-40 ; Montet C. et Sélinisky V., 2007, « Etats-Unis : revirement de jurisprudence sur les prix minima de revente imposés », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 13, Octobre-Décembre, pp. 14-19. Sur la pratique décisionnelle des autorités françaises de concurrence en la matière, voir : Pfister E., 2012, « Les réseaux de distribution : Pratique décisionnelle du Conseil et de l'Autorité de la concurrence », *Concurrences*, n° 1-2012, pp. 7-10.

au contraire les situations où la quête absolue d'une concurrence parfaite se traduirait par des pertes en bien-être pour les consommateurs. Nous avons souligné cette question avec Christian Montet dans un article de 2007⁵⁷, qui s'interroge à la suite du rapport de David Encaoua et Roger Guesnerie⁵⁸ sur les fondements intellectuels des politiques de concurrence. En dépit des difficultés d'application auxquelles elle se heurte, la politique de concurrence permet effectivement d'accroître l'efficacité du fonctionnement des marchés, dans la mesure où elle vise à donner un cadre, certes forcément contraignant, mais dont les restrictions qu'elle impose sont limitées à ce qui est nécessaire et permettent l'épanouissement créatif des décideurs privés. Ce gain d'efficacité serait en revanche mis à mal si l'antitrust devait être utilisé comme un outil de régulation des marchés, notamment en raison de l'existence d'intérêts individuels et collectifs dans le processus de décision publique, comme l'ont illustré l'école du *Public Choice*, la notion de capture de la tutelle ou encore les travaux s'inscrivant dans la théorie des groupes de pression⁵⁹. C'est précisément ce qui justifie que l'application du droit de la concurrence soit confiée à une autorité forte et indépendante des missions réglementaires.

1.2.3. Mouance du droit et outils d'amélioration de l'efficacité des politiques de concurrence

Le fait que les incitations des firmes soient fortement dépendantes du contexte juridique dans lequel elles s'inscrivent, ainsi que la recherche permanente d'une adaptation intelligente et profitable des stratégies des entreprises à la règle de droit, conduisent le législateur à s'interroger régulièrement sur l'efficacité des dispositifs existants. Le droit de la concurrence est ainsi une matière mouvante, en perpétuelle évolution, ce qui rend d'ailleurs son étude particulièrement stimulante.

La loi NRE⁶⁰ a été une excellente illustration de cette recherche d'une amélioration de l'efficacité des politiques de concurrence par la modification du droit antitrust, en introduisant en droit français les programmes de clémence, la procédure d'engagement et celle de non-contestation des griefs. Poursuivant avec Patrice Bougette et Christian Montet nos investigations sur les liens entre efficacité économique et droit de la concurrence, nous avons étudié ces nouvelles procédures, quelques années après leur mise en œuvre, dans deux articles distincts.

⁵⁷ Montet C. et Venayre F., 2007, « [Politiques de concurrence : comment améliorer les performances de l'économie de marché ?](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 10, Janvier-Mars, pp. 141-150.

⁵⁸ Encaoua D. et Guesnerie R., 2006, *Politiques de la concurrence*, Rapport du CAE, La Documentation française, Paris.

⁵⁹ Voir par exemple : Stigler G., 1971, "The Theory of Economic Regulation", *Bell Journal of Economics*, Vol. 2(1), pp. 3-21 ; Tullock G., 1967, "The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies and Theft", *Western Economic Journal*, Vol. 5, June, pp. 224-232 ; Kruegger A., 1974, "The Political Economy of the Rent Seeking Society", *American Economic Review*, Vol. 64(3), June, pp. 291-303.

⁶⁰ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

Dans un premier article publié en 2006 dans la revue *Concurrence et Consommation*, nous nous sommes intéressés aux programmes de clémence⁶¹. L'objectif de ces programmes est comme cela est connu d'augmenter la capacité de détection des cartels, en offrant l'opportunité d'une immunité à une entreprise dénonçant une entente dont elle a été membre. Notons que la loi NRE avait également augmenté le montant des sanctions encourues en cas de pratiques anticoncurrentielles, puisque le taux maximal du chiffre d'affaires annuel pouvant être infligé sous forme pécuniaire était passé de 5 à 10 %, l'assiette du calcul augmentant elle-même, le chiffre d'affaires dorénavant utilisé étant mondial et non plus national. Ces modifications s'inscrivent parfaitement dans les enseignements des travaux sur l'économie du crime, qui montrent qu'un individu respecte la loi tant que le bénéfice de son comportement vertueux excède celui qu'il obtiendrait en devenant un criminel⁶². Pour cela, montant de la sanction et probabilité d'être détecté doivent s'articuler efficacement. On retrouve là les raisonnements qui fondent l'analyse de la collusion dynamique, mentionnée plus haut.

Transposée à la clémence, cette analyse souligne l'importance de l'attractivité du programme de clémence dans l'efficacité de ce dernier. Nous lisons dans ce lien une explication du résultat très mitigé des premières dispositions de clémence américaine et européenne. En revanche, une fois l'attractivité accrue en modifiant les règles de droit, les cas de clémence se sont multipliés dans des proportions considérables⁶³. Nous discutons ensuite des modalités des programmes de clémence et de leur impact sur l'efficacité de la mesure. Si l'immunité totale est bien entendu préférable – voire des systèmes de rémunération du dénonciateur⁶⁴ –, la clémence renforce cependant la probabilité de pouvoir bénéficier des surprofits d'une entente sans en encourir la sanction⁶⁵. Les effets de la clémence sur la stabilité des ententes pourraient alors être mitigés. Nous envisageons alors, selon différentes hypothèses, cette question de la stabilité, en tenant notamment compte d'une possibilité d'accroissement de la probabilité de détection avec le temps et de la dynamique de long terme des programmes de clémence.

Dans un second article du même support, notre intérêt allait aux jeunes procédures françaises d'engagement et de non-contestation des griefs, en les analysant sous l'angle des

⁶¹ Bougette P., Montet C. et Venayre F., 2006, « [L'efficacité économique des programmes de clémence](#) », *Concurrence et Consommation*, Vol. 146, Juillet, pp. 43-46.

⁶² Becker G., 1968, "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy*, Vol. 76(2), pp. 169-217. On retrouve des mécanismes similaires dans la dissuasion des comportements anticoncurrentiels ; voir : Pénard T. et Souam S., 2002, « Que peut bien apporter l'analyse économique à l'application du droit de la concurrence ? », *Revue d'Economie Politique*, Vol. 112(6), Novembre-Décembre, pp. 863-887.

⁶³ Par exemple, de février 2002 à septembre 2005, la Commission européenne a reçu 80 demandes d'immunité totale et 79 demandes de réductions d'amendes, ce qui lui a permis de traiter autant d'affaires de cartel que durant la période 1958-2002 (van Barlingen B. and Barennes B., 2005, "The European Commission's 2002 Leniency Notice in Practice", *Competition Policy Newsletter*, Vol. 3, Autumn, pp. 6-16).

⁶⁴ Spagnolo G., 2000, "Optimal Leniency Programs", FEEM Working Paper, n° 42.2000 ; Spagnolo G., 2004, "Divide and Impera: Optimal Leniency Programs", CEPR Discussion Papers, n° 4840 ; Brisset K. and Thomas L., 2004, "Leniency Programs: A New Tool in Competition Policy to Deter Cartel Activity in Procurement Auctions", *European Journal of Law and Economics*, Vol. 17(1), pp. 5-19 ; Aubert C., Kovacic W. and Rey P., 2006, "The Impact of Leniency and Whistleblowing Programs on Cartels", *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 24(6), pp. 1241-1266.

⁶⁵ Motta M. and Polo M., 2003, "Leniency Programs and Cartel Prosecution", *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 21, pp. 347-379.

jeux de négociation⁶⁶. L'intention de ces procédures diffère de celle des programmes de clémence. Il ne s'agit plus ici de détecter des pratiques anticoncurrentielles, mais bien de rechercher une efficacité allocative accrue en simplifiant les procédures et en raccourcissant leur durée. Notre idée était d'une part d'identifier les incitations des deux parties – entreprises et autorités – à parvenir à une solution à l'issue de la procédure de négociation et, d'autre part, de discuter des conséquences de la procédure sur l'efficacité de la politique de concurrence et le bien-être économique.

Tout d'abord, la recherche de solutions négociées entre l'autorité de concurrence et les entreprises en cause offre effectivement la possibilité de gains mutuels, qu'il s'agisse d'économie de temps et de coûts pour les deux parties, de contourner l'épineuse question de la preuve pour les autorités, ou, du côté des entreprises, d'éviter la caractérisation d'une infraction et de réduire ou supprimer la sanction. Le succès des *settlements* aux Etats-Unis, qui représenteraient plus de 70 % des procédures⁶⁷, illustre bien ces gains mutuels.

Toutefois, la théorie microéconomique et l'application des outils de la théorie des jeux montrent que les résultats d'une négociation sont fortement dépendants du contexte institutionnel dans lequel elle s'inscrit⁶⁸. Ainsi, l'asymétrie d'information entre entreprises et autorités, l'existence ou non d'une compensation des dommages, les éventuelles possibilités de bluff sur les engagements pris ou encore les conditions de leur contrôle sont autant d'éléments qui viennent modifier les équilibres du jeu de négociation. Nous soulignons l'existence de deux effets pervers potentiels de la pratique de négociation dans les affaires antitrust : le risque d'un traitement différencié des entreprises et un affaiblissement de la confiance dans la règle de droit.

Le cas de la procédure de non-contestation des griefs mérite un regard particulier car il présente pour la firme certaines incertitudes. En premier lieu, le taux de réfaction prononcé par le collège de l'Autorité peut être différent de celui proposé par le rapporteur général. Ensuite, si la négociation échoue finalement, il devient complexe pour l'entreprise d'assurer une défense pleinement efficace du fait de la préalable non-contestation des griefs. Enfin, l'articulation de la procédure de non-contestation des griefs avec la procédure simplifiée pose des questions en termes d'incitations : si l'amende après transaction est inférieure au plafond de la procédure simplifiée, cette dernière devient caduque ; tandis que si l'amende est au contraire supérieure au plafond, elle est alors ramenée à ce denier, et c'est ainsi la procédure de transaction qui devient inopérante. A l'époque de la rédaction de cet article, sept affaires avaient fait l'objet d'une procédure de non-contestation des griefs, dont trois s'accompagnaient d'une procédure simplifiée. Dans cinq affaires, le taux de réfaction retenu correspondait à la borne supérieure de la fourchette proposée par le rapporteur général. En

⁶⁶ Bougette P., Montet C. et Venayre F., 2006, « [Jeux de négociation dans les affaires antitrust : engagements et transaction](#) », *Concurrence et Consommation*, Vol. 146, Juillet, pp. 50-56.

⁶⁷ Picot T., 2005, « La nouvelle procédure d'engagements prévue à l'article L. 464-2, I., du code de commerce : un "settlement" à la française en matière de concurrence ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 2, Février-Avril, pp. 142-144.

⁶⁸ Muthoo A., 1999, *Bargaining Theory with Applications*, Cambridge University Press, 357 p. ; Perloff J., Rubinstein D. and Ruud P., 1996, "Antitrust Settlements and Trial Outcomes", *Review of Economics and Statistics*, Vol. 78(3), pp. 401-409 ; Daughety A. and Reinganum J., 2005, "Economic Theories of Settlement Bargaining", *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 1, pp. 35-59.

revanche, dans une affaire, le taux était très inférieur à la proposition (20 % contre 50 %) ⁶⁹, tandis que dans une autre, on observait l'inverse (90 % contre une proposition de 40 à 50 %) ⁷⁰.

Cette discussion et l'analyse des décisions déjà rendues illustraient bien l'incertitude fondamentale de la procédure elle-même et c'est une idée à laquelle j'ai continué à penser par la suite. J'ai ainsi repris cette réflexion sur la procédure de non-contestation des griefs à l'occasion d'une nouvelle affaire d'échange d'informations dont je n'ai volontairement pas fait état dans le paragraphe dédié à cette question, préférant l'insérer ici ⁷¹. Dans un article de 2011 de la *Revue Lamy de la Concurrence* ⁷², je me suis d'abord intéressé à la question du plafonnement de la sanction encourue, dans le cadre de cette procédure. En l'absence de contestation des griefs, le montant maximal de la sanction est en effet divisé par deux, ce qui le ramène à 5 % du chiffre d'affaires. Or, les montants d'amende étant souvent inférieurs à 5 %, on pourrait penser que cet abaissement du maximum de la sanction n'est pas susceptible de diminuer le montant final de l'amende, sauf à considérer que l'Autorité fixe ce montant final à partir d'un pourcentage de l'amende encourue, et contrairement à l'application du taux de réfaction qui, lui, permet une baisse immédiate de la sanction. Cela me conduisait à m'intéresser également plus en détail au mode de calcul des sanctions prononcées par l'Autorité. Dans l'affaire qui servait de support à cette réflexion, notons que seule l'une des firmes incriminées avait choisi de ne pas recourir à la procédure de non-contestation, rendant ainsi sa défense extrêmement périlleuse, puisque les autres firmes reconnaissaient à l'inverse avoir échangé des informations avec elle.

Or, l'ensemble des caractéristiques de ce dossier rappelait une autre décision, rendue huit années auparavant au sujet du port autonome de Marseille ⁷³ : il s'agissait également d'un échange d'informations lors d'un appel d'offres, une seule entreprise contestant les griefs reprochés. Dès lors, l'idée de rechercher des similitudes dans le calcul des sanctions dans ces deux affaires m'était apparue, d'autant que l'Autorité venait de lancer un mois plus tôt une consultation publique portant sur un projet de communiqué sur le calcul des sanctions ⁷⁴.

Passant en revue les différentes étapes de la procédure de non-contestation, j'ai montré qu'il était extrêmement complexe, dans le cas des peintures d'infrastructures métalliques, de comprendre les déterminants exacts du calcul des sanctions. La comparaison de ce dossier avec celui du port autonome de Marseille faisait en outre apparaître des différences sensibles, notamment dans la définition des taux de réfaction. Alors qu'ils n'étaient pour les peintures que de 12 à 16 %, ils s'élevaient à 50 % dans la précédente affaire. En revanche, les montants

⁶⁹ Décision n° 03-D-45 du 25 septembre 2003 relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur des calculatrices à usage scolaire.

⁷⁰ Décision n° 04-D-65 du 30 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par La Poste dans le cadre de son contrat commercial.

⁷¹ Décision n° 11-D-07 du 24 février 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux de peinture d'infrastructures métalliques.

⁷² Venayre F., 2011, « [La détermination des sanctions dans les ententes sur appels d'offres en l'absence de contestation des griefs](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 28, Juillet-Septembre, pp. 15-22.

⁷³ Décision n° 03-D-10 du 20 février 2003 relative à des pratiques constatées lors d'un appel d'offres lancé par le port autonome de Marseille. Cette affaire faisait partie des sept cas étudiés dans l'article précédent écrit avec Patrice Bougette et Christian Montet.

⁷⁴ Projet de communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires du 17 janvier 2011, dont le communiqué final a été adopté le 16 mai 2011 à l'issue de la consultation. Notons qu'au moment de la rédaction de cet article, le communiqué final n'avait pas encore été publié et seul son projet était accessible.

d'amendes initialement retenus (avant réfaction) étaient bien supérieurs dans le cas du port autonome, ce qui venait compenser le niveau élevé des taux de réfaction et portait finalement la sanction définitive à des niveaux similaires dans les deux dossiers, soit de 0,4 à 0,5 % des chiffres d'affaires. Je détaillais aussi, dans cet article, le traitement réservé aux deux entreprises ayant contesté les griefs : si l'une se trouvait *in fine* la moins la condamnée dans le cas des peintures, l'autre était en revanche la plus sanctionnée dans l'affaire du port autonome.

Ainsi, en dépit de l'indéniable et louable volonté de l'Autorité de clarifier les modalités de calcul des sanctions pécuniaires, l'article montrait que, dans le cas des ententes sur appels d'offres, l'absence de transparence demeurait, notamment en raison d'une indétermination sur l'assiette à utiliser pour le calcul de la sanction. Or, cette incertitude se trouvait encore renforcée lorsque les entreprises faisaient usage de la procédure de non-contestation des griefs, d'une part car la division par deux du montant maximal de la sanction pouvait n'apporter aucun bénéfice aux entreprises, l'Autorité ne liant pas explicitement maximum encouru et montant de la sanction avant réfaction ; et d'autre part car la fixation du taux de réfaction restait pour une large part mystérieuse et pouvait ne pas correspondre aux prescriptions du rapporteur général.

Une partie des critiques adressées dans cet article sur le mode de calcul des sanctions et les incertitudes de la procédure de non-contestation des griefs n'est maintenant plus de mise car des ajustements et des informations complémentaires ont été fournis. Cependant, j'ai fait le choix de ne pas en parler à ce stade de mon mémoire car le travail de recherche dans lequel j'ai poursuivi cette analyse de la non-contestation des griefs s'inscrit dans mon travail appliqué à l'outremer et sera donc présenté dans la deuxième partie.

On le voit en tout cas, les procédures négociées introduites en droit français de la concurrence ont pu soulever ou soulèvent encore certaines interrogations et l'Autorité œuvre pour accroître sa communication et sa transparence dans leur application. Si elles sont comme nous l'avons vu porteuses d'un accroissement de l'efficacité globale des procédures de concurrence, moyennant quelques ajustements nécessités par leur jeunesse, elles soulèvent aussi d'autres questions. Ainsi, au nom de l'efficacité, les procédures négociées font dans une certaine mesure obstacle à une pleine application du droit. Cette question fait partie intégrante de mon projet de recherche actuel, et je reviendrai donc également sur ces questions dans la troisième partie de ce mémoire.

2. Les spécificités de l'outre-mer en matière de concurrence et de réglementation

La vision métropolitaine de la Polynésie reste souvent cantonnée au tourisme et au dépaysement : lagons turquoises, sable blanc et cocotiers, poissons multicolores, atolls isolés, tatouages tribaux et danses exotiques. Un peu de culture, aussi, parfois, avec Paul Gauguin, Pierre Loti ou Elsa Triolet, ou d'aventure, notamment avec les épopées des grands navigateurs

du XVIII^e siècle, mâtinée quelque fois de frissons, comme dans le *Taïpi* d'Hermann Melville⁷⁵. En revanche, les informations sur les systèmes économiques et juridiques polynésiens ne filtrent que peu. A cet égard, ma mutation à l'Université de la Polynésie française, à l'été 2007, a été l'occasion de la découverte d'un nouvel univers.

Ma première année en poste à Tahiti, outre la préparation de mes nouveaux enseignements, a largement été consacrée à l'apprentissage du fonctionnement de l'économie locale, tant par les contacts pris avec les institutions, médias ou le monde des affaires, que par l'étude des travaux déjà réalisés sur la question. J'ai découvert une économie dont les fondements étaient particulièrement éloignés des mécanismes optimaux décrits par la théorie économique, ainsi qu'un droit, qu'il soit directement économique ou plus social, nettement différencié de celui applicable en métropole. Articulés avec une histoire politique particulière définissant un mode de gouvernance local laissant parfois pantois, ces éléments constituaient une véritable économie en marge de la normalité supposée, qu'il m'était enrichissant d'étudier et de comprendre (2.1.). Progressivement, au fil des apprentissages réalisés sur Tahiti, mais également porté par un contexte d'évolutions profondes de l'ensemble de l'outre-mer français, j'ai élargi mon intérêt des thématiques de la concurrence et de la réglementation aux autres économies insulaires de la zone française, découvrant tour à tour d'évidentes connexions, mais aussi des distinctions, parfois subtiles, qui ont nourri mon travail (2.2.).

2.1. Une économie polynésienne en marge

Une étude de l'économie polynésienne fait apparaître une situation extrêmement complexe dans laquelle se joignent un marasme économique important et durable, ainsi qu'une situation sociale précaire, renforcée par des inégalités de répartition des revenus marquées entre les Polynésiens (2.1.1.). Si la reprise économique est maintenant attendue depuis de nombreuses années, elle est freinée par les lourdeurs d'un système économique administré, qui ne permet pas le déploiement des énergies nécessaires (2.1.2.). En revanche, bien que la puissance publique soit très présente dans le fonctionnement de l'économie, elle est dramatiquement absente sur des missions qui lui incombent pourtant, telles que la mise en place d'un cadre permettant de développer et d'encadrer le jeu concurrentiel du marché (2.1.3.).

2.1.1. D'importantes difficultés économiques et sociales

La petite taille des économies insulaires rend les interdépendances économiques plus flagrantes que dans le cas des grands pays. Pour la Polynésie française, ce phénomène est encore renforcé par l'isolement qui la caractérise. Ainsi, l'économiste est rapidement incité à

⁷⁵ Hermann Melville nous entraîne aux tréfonds des vallées de la superbe île marquisienne de *Nuku Hiva*, à la suite de tribus que l'on répute anthropophages (Melville H., 1952, *Taïpi*, éditions Gallimard).

entrevoir les mécanismes économiques insulaires selon un angle systémique. De ce point de vue, je me suis trouvé à rechercher des informations sur des domaines qui peuvent sembler s'éloigner, en première lecture, des analyses concurrentielles qui m'occupaient jusqu'alors. On se heurte toutefois souvent, dans le cas des petits pays, à la difficulté d'accéder à des sources statistiques détaillées et régulièrement mises à jour pour étayer ses analyses. Même si quelques indicateurs sont disponibles, il est en effet assez rare de pouvoir avoir un état des lieux précis, exhaustif et fiable, en dehors du recensement de la population, réalisé tous les cinq ou six ans, qui permet de telles données riches et désagrégées. Par chance, ma mutation à Tahiti a correspondu à la publication des données du recensement de 2007, ce qui m'a fourni des chiffres utilisables pour mieux cerner la situation locale.

Je me suis ainsi intéressé à la question de l'emploi en Polynésie, qui affichait à l'époque un taux de chômage officiel de 11,7 %, nettement supérieur à celui de la métropole, mais qui paraissait bien faible par rapport à ceux des départements d'outre-mer. Dans un article publié en 2009 dans la *Revue Juridique Polynésienne*⁷⁶, j'ai identifié les déterminants accroissant pour les individus le risque de chômage. Ce sont ainsi les femmes qui sont plus touchées, avec un taux supérieur de deux points environ à celui des hommes, mais les jeunes subissent surtout les difficultés les plus grandes. La moitié des chômeurs polynésiens étaient à l'époque âgés de moins de 25 ans et plus du tiers des moins de 25 ans étaient à la recherche d'un emploi. En dehors de ces déterminants, sur lesquels l'actif n'a évidemment aucune prise, il en est un autre qui peut constituer une échappatoire au risque : il s'agit du niveau de diplôme. L'étude montre en effet que les deux tiers des chômeurs ont un niveau d'étude inférieur au brevet des collèges, tandis que seuls 4 % d'entre eux possèdent un diplôme du supérieur, ce qui porte ainsi le taux de chômage des diplômés post-bac à 2,9 % seulement, soit un niveau purement frictionnel⁷⁷. Cet article soulignait également que le taux officiel de chômage était sous-évalué, en raison de l'inadéquation des outils traditionnels d'évaluation aux spécificités de l'économie polynésienne. En effet, la forte proportion de l'autoproduction et du travail à temps (très) partiel, l'absence d'inscription au chômage, le caractère polysémique de la notion d'activité qui génère des biais dans ses traductions en langues polynésiennes, l'impératif de recherche d'emploi qui perd de sa valeur dans un territoire morcelé et, surtout, l'importance du nombre des « chômeurs découragés » masquent la réalité du chômage.

A l'issue de ma première année à Tahiti, les événements se sont accélérés dans l'outre-mer français. La fin de l'année 2008 a vu des émeutes violentes éclater aux Antilles, puis à La Réunion. Progressivement, l'ensemble des outre-mer a connu une vague de contestation liée à la cherté de la vie et aux conditions économiques et sociales dégradées par la crise qui débutait. Le gouvernement français a alors lancé une forme de grande consultation de l'ensemble des populations concernées : les Etats-généraux de l'outre-mer. Les contacts que j'avais tissés sur place, ainsi que mes premières conférences ou activités médiatiques, ont incité les deux maîtres d'œuvre de l'atelier économique des Etats-généraux en Polynésie à prendre contact avec moi.

⁷⁶ Venayre F., 2009, « [L'emploi en Polynésie française : situation actuelle et difficultés d'interprétation](#) », *Revue Juridique Polynésienne*, Vol. 15, pp. 37-64.

⁷⁷ Ces chiffres ont cependant bien changé depuis. Par exemple, au dernier recensement de 2012, le taux de chômage officiel est de 21,8 %, celui des moins de 25 ans étant à 57 %. Les études, également, n'offrent plus une protection aussi forte et une distinction s'est maintenant opérée entre cycles courts et longs. Ces résultats n'ont pas fait l'objet d'une publication mais ont été établis dans le cadre des conférences que j'effectue régulièrement à l'université, pour d'autres institutions, ou à l'occasion de différentes manifestations.

Il s'agissait du socio-anthropologue Tamatoa Bambridge, actuellement directeur de recherche au CNRS au CRILOBE, implanté sur l'île polynésienne de Moorea, et de Julien Vucher-Visin, responsable des études à l'Institut de la statistique de Polynésie française (ISPF). J'ai ainsi participé au « comité diagnostic », qui visait à établir, au printemps 2009, un document de référence sur l'état des lieux de la situation économique polynésienne, en compagnie notamment de représentants de l'Institut d'émission d'outre-mer (IEOM), de l'Agence française de développement (AFD) ou de la Chambre territoriale des comptes (CTC). Nous avons ensuite animé tous les trois les échanges qui se sont déroulés avec la société civile tout au long de l'été 2009. Enfin, Tamatoa Bambridge et Julien Vucher-Visin m'ont demandé de me charger de la restitution du document final de l'atelier 1 à Paris, le 1^{er} octobre 2009⁷⁸.

Cette expérience a été pour moi très enrichissante, non seulement car elle m'a permis de rencontrer de nombreuses personnalités locales avec lesquelles je peux échanger depuis, mais aussi car elle m'a autorisé l'accès à de très nombreux documents qui m'ont permis une meilleure connaissance de l'économie polynésienne. A la suite de ces travaux réalisés dans le cadre des Etats-généraux, nous avons, toujours avec Tamatoa Bambridge et Julien Vucher-Visin, publié plusieurs articles permettant de mieux diffuser et expliciter les conclusions des débats menés au cours de cette année 2009. Dans l'un d'entre eux, nous mettions en garde contre trois difficultés de la Polynésie, qui présentaient le risque de miner sa cohésion sociale : son incapacité à intégrer sa jeunesse au monde du travail – ce qui faisait ainsi suite à mon propre travail sur l'emploi –, la montée de la pauvreté⁷⁹, et les déséquilibres du système de protection sociale. Pour contextualiser nos inquiétudes, il est sans doute utile de préciser que le système social polynésien est plutôt rudimentaire dans certains de ses aspects, puisqu'il n'existe à Tahiti ni indemnisation du chômage, ni revenu minimum et que, d'une manière générale, l'ensemble des allocations sociales y est d'un niveau très faible⁸⁰.

L'un des aspects que nous soulevions dans cet article, le financement des dépenses de santé, a fait l'objet fin 2010 d'un colloque organisé à l'Université de la Polynésie française par le laboratoire Gouvernance et développement insulaire (GDI). A cette occasion, j'ai présenté une communication publiée par la suite dans les actes du colloque, accueillis dans un numéro spécial du *Journal de Droit Comparé du Pacifique*⁸¹. Cet article soulignait les difficultés de l'accroissement massif des dépenses de santé polynésiennes, depuis la création d'un système général de protection sociale en 1995. Historiquement, nous disposions à Tahiti d'une série longue qui répertoriait les dépenses de l'organisme local de sécurité sociale, appelé Caisse de

⁷⁸ Venayre F., 2009, [*La Polynésie française face au choc de la crise économique : plan de relance et renforcement de la cohésion sociale*](#), Synthèse de l'atelier 1 des Etats-généraux de l'outre-mer en Polynésie française, Septembre (dir. : Bambridge T. et Vucher-Visin J.).

⁷⁹ Cette même année 2009 a en effet connu la publication d'une enquête sur la pauvreté en Polynésie, qui a montré que 27,6 % de la population vivait en-deçà du seuil de pauvreté, évalué selon l'échelle d'Oxford à 48 692 Fcfp par unité de consommation, soit environ 400 euros (Herrera J. et Merceron S., 2010, *Les approches de la pauvreté en Polynésie française : Résultats et apports de l'enquête sur les conditions de vie 2009*, Mai, AFD, Paris).

⁸⁰ Bambridge T., Venayre F. et Vucher-Visin J., 2010, « [Les défis sociaux de la Polynésie française](#) », *Revue Juridique Polynésienne*, Vol. 16, pp. 41-68. Les deux autres articles publiés en commun feront l'objet d'une brève présentation dans le paragraphe suivant.

⁸¹ Venayre F., 2012, « [L'explosion des dépenses de santé : éclairages pour une réforme](#) », in *Les dépenses de santé en Polynésie française*, Actes du colloque du laboratoire Gouvernance et développement insulaire, Tahiti, 3 décembre 2010, Université de la Polynésie française, *Comparative Law Journal of the Pacific – Journal de Droit Comparé du Pacifique*, Hors-Série n° XIV, pp. 49-73.

prévoyance sociale (CPS). Cependant, cette série ne prenait pas en compte la totalité des dépenses afférentes à la santé et la Direction de la santé, en 2008, avait commencé à produire ses propres comptes, donnant des montants bien plus élevés. A l'époque de l'organisation du colloque, nous ne disposions de ces comptes que pour les seules années 2008 et 2009, faisant apparaître des dépenses respectives de 71,714 et 73,325 milliards de Fcfp⁸².

Outre une analyse de l'évolution historique des dépenses de santé, une mise en perspective avec les autres territoires du Pacifique Sud – notamment avec la Nouvelle-Calédonie – et une discussion des caractéristiques du système de santé et de son organisation, l'article tentait une prévision des dépenses de santé à venir. Partant de deux observations seulement, l'exercice était plus que délicat... Cela dit, la série produite par la CPS étant plus longue, elle autorisait une projection dans l'avenir, ce que les jeunes comptes de la santé ne permettaient pas. En régressant cette série, j'avais fait apparaître une tendance nette de l'augmentation des dépenses qui pouvait alors être utilisée pour extrapoler ensuite ces projections aux comptes de la santé. L'analyse était sans doute osée, c'est pourquoi la méthodologie était détaillée et les importants biais de la méthode imaginée étaient largement soulignés. Cette tentative de projection m'avait conduit à anticiper, pour l'année 2010, des comptes de la santé s'élevant à 74,905 milliards de Fcfp⁸³. En mai 2012, j'ai eu la surprise, lorsque la Direction de la santé a publié ses comptes 2010, de constater que les dépenses totales s'élevaient à 74,9 milliards de Fcfp, ce qui correspondait à mon évaluation, en dépit des réserves exprimées sur cette méthodologie approximative qui tentait de pallier les insuffisances d'accès aux données statistiques.

Les différents constats effectués sur la situation économique et sociale polynésienne amenaient à s'interroger sur les moyens d'action de la puissance publique pour répondre à la précarité générée par le sous-emploi. L'aide sociale étant comme nous l'avons vu quasi-inexistante, la réponse historique avait souvent été le recours à une aide déguisée par le biais de formations indemnisées des demandeurs d'emploi, ce qui pourrait dans une certaine mesure expliquer, sinon légitimer, la vision d'une utilisation sociale de l'emploi public⁸⁴. Avec un juriste de droit public, Mickaël Fidèle, docteur en droit public et ancien membre du Haut conseil de la Polynésie française, nous avons décidé de nous intéresser plus en détail à la structure de la sphère publique polynésienne.

Notre travail, publié dans la *Revue Juridique, Politique et Economique de la Nouvelle-Calédonie*⁸⁵, montre que si l'organisation de l'emploi public polynésien s'inspire au départ dans une large mesure du système métropolitain, quelques différences sensibles existent cependant. On peut ainsi relever une absence de fonction publique hospitalière et une importante proportion d'« agents publics de droit privé », en raison du développement des entités parapubliques. Surtout, une étude du niveau de qualification des agents publics indique un taux de cadres particulièrement faible et le maintien connexe d'une catégorie D d'agents publics, cette

⁸² Soit environ 601 et 614 millions d'euros.

⁸³ Soit près de 628 millions d'euros.

⁸⁴ Enclenchant d'ailleurs des phénomènes de clientélisme et de népotisme, selon les politologues et historiens (Al Wardi S., 2008, *Tabiti Nui ou les dérives de l'autonomie*, Paris, L'Harmattan, Collection Portes Océanes ; Al Wardi S. et Regnault J.-M., 2011, *Tabiti en crise durable. Un lourd héritage*, Tahiti, Les éditions de Tahiti).

⁸⁵ Fidèle M. et Venayre F., 2011, « [Statuts et structure de la sphère publique en Polynésie française](#) », *Revue Juridique, Politique et Economique de la Nouvelle-Calédonie*, Vol. 18, pp. 1-9.

dernière ayant été supprimée en métropole dès 1988. Une analyse plus fine de la répartition par archipel souligne également la forte utilisation relative d'agents publics peu qualifiés dans les îles éloignées, ce qui viendrait corroborer l'hypothèse d'une utilisation de l'emploi public comme vecteur de ressources pour les territoires les plus lointains de la Polynésie française. Ce travail montre enfin que le ratio de l'emploi public sur l'emploi total se traduit par une proportion de 27,44 %, soit nettement supérieure à celle de la métropole. Par comparaison, cela représente 8 agents publics de plus par millier d'habitants, soit environ 2 000 agents publics supplémentaires, à l'échelle de l'ensemble de la Polynésie.

Cela interroge bien entendu sur la question du coût du service public, de son efficacité et de son périmètre. Dans une autre contribution, réalisée à l'occasion de la 1^{ère} conférence du service public à Tahiti, je suis revenu sur ces dernières questions⁸⁶. Compte tenu de la morosité économique de la Polynésie, et des difficultés de financement du secteur public qu'elle entretient par la baisse corollaire des recettes fiscales, la question de la réduction des dépenses publiques se pose inévitablement. Cela est d'autant plus vrai que les salaires de la fonction publique territoriale sont alignés sur les salaires indexés de la fonction publique d'Etat, alourdissant d'autant l'enveloppe de fonctionnement du gouvernement. Le recours à un renforcement permanent de la pression fiscale, pour assurer les financements requis, semble pourtant devoir rencontrer ses limites et la recherche d'un accroissement de la productivité du service public semble ainsi être nécessaire. Pourtant, à l'heure actuelle, il n'existe en Polynésie aucun mécanisme d'évaluation des politiques publiques. De même, la définition du périmètre de l'action publique reste floue et cette dernière n'est pas toujours justifiée par des intérêts de service public, alimentant ainsi artificiellement le poids de la sphère publique au sein de l'économie.

2.1.2. Poids et inefficacités de la réglementation économique

Ces réflexions menées sur la situation économique et sociale polynésienne conduisent donc au constat d'un secteur public puissant, dont l'action n'est pas sans effet sur les mécanismes de marché. Ainsi, la Polynésie française connaît-elle un interventionnisme public particulièrement développé – et parfois contre-productif –, une réglementation multiforme et une fiscalité spécifique, favorisant le protectionnisme des entreprises installées.

A l'époque des Etats-généraux de l'outre-mer, il avait par exemple été recensé une centaine d'établissements différents relevant de la sphère publique (services de la Polynésie, EPA, EPIC ou SEM⁸⁷), qui intervenaient sur de très nombreux marchés polynésiens, dont certains relèvent pourtant habituellement du secteur privé. Comme nous l'avons noté avec Tamatoa Bambridge et Julien Vucher-Visin dans le *Yearbook of New Zealand Association for*

⁸⁶ Venayre F., 2012, « [Le secteur public face aux difficultés économiques](#) », in Inspection Générale de l'Administration (éd.), *Actes de la 1^{ère} Conférence du Service Public*, Tahiti, Septembre, pp. 8-19.

⁸⁷ Etablissement public administratif, établissement public industriel et commercial, société d'économie mixte.

*Comparative Law*⁸⁸, cette intervention très développée de l'action publique sur les marchés conduit à renforcer un phénomène déjà important dans les économies insulaires, qui est celui de la prédominance des ressources publiques au sein de l'économie. Ainsi, plus des deux tiers du PIB polynésien sont constitués de ressources publiques. Le financement des dépenses publiques implique un recours croissant à la fiscalité, et cette dernière semble s'être construite au gré des besoins de financement de l'action gouvernementale, sans réelle cohérence d'ensemble, et sans hiérarchiser les objectifs qui devaient être les siens. Une part importante de la fiscalité polynésienne s'est donc basée sur les importations, avec des droits d'entrée élevés qui ont contribué à renchérir le coût de la vie à Tahiti et ont développé un protectionnisme important qui rend complexe la remise en cause des positions de marché acquises, même si ces dernières sont pourtant parfois hégémoniques. Comme nous le soulignons également, l'action publique empiète régulièrement sur les activités du secteur concurrentiel, générant à la fois des problèmes d'inefficacité et d'éviction des entreprises privées. Si l'introduction de la TVA en 1997 a permis de réduire le taux des droits et taxes à l'importation, ceux-ci restent encore très élevés par rapport à ceux que l'on peut observer dans des économies plus ouvertes et plus dynamiques.

On pourrait malgré tout penser que l'introduction de la TVA a permis de renforcer la concurrence extérieure par le biais d'importations facilitées. En fait, le diagnostic est plus complexe car la mise en place de la TVA s'est accompagnée de la création d'une taxe spécifique – appelée taxe de développement local, ou TDL – qui frappe les produits concurrents des productions locales, avec des taux pouvant aller jusqu'à des niveaux très élevés (plus de 80 %). Certaines situations de marché polynésiennes sont ainsi largement verrouillées et posent la question globale d'une mauvaise gouvernance du système économique⁸⁹.

L'interventionnisme de la puissance publique trouve ses racines dans les handicaps de compétitivité intrinsèques à la Polynésie, que j'ai détaillés dans un travail réalisé à l'occasion de la Conférence outre-mer AFD-CEROM de novembre 2011 et publié dans la série des documents de travail de l'AFD⁹⁰. Face à ces contraintes, la réponse gouvernementale a été de développer des politiques publiques ayant pour but la réduction des déficits de compétitivité de l'économie polynésienne. Dans ce travail, je distinguais trois axes d'intervention des politiques publiques : le développement des investissements par l'octroi d'avantages fiscaux (avec des mécanismes de défiscalisation locaux qui viennent s'ajouter aux dispositifs métropolitains), le soutien tarifaire des produits locaux (incluant la fiscalité protectionniste,

⁸⁸ Bambridge T., Venayre F. et Vucher-Visin J., 2009, « [La mise en cohérence des décisions publiques et des possibilités de financement de l'économie polynésienne](#) », *Yearbook of New Zealand Association for Comparative Law*, Vol. 15, pp. 157-184.

⁸⁹ Bambridge T., Venayre F. et Vucher-Visin J., 2010, « [La gouvernance du système économique polynésien en question – Comment protection et absence de concurrence obèrent la croissance](#) », in A. Angelo & Y.-L. Sage (eds.), *Gouvernance et autonomie dans le Pacifique Sud : études comparées – Governance and Self-Reliance in Pacific Islands Societies : Comparative Studies*, *Comparative Law Journal of the Pacific – Journal de Droit Comparé du Pacifique*, Hors-Série n° X, pp. 313-343.

⁹⁰ Venayre F., 2012, « [Interventionnisme public et handicaps de compétitivité : analyse du cas polynésien](#) », Document de travail, n° 121, Agence française de développement, Département de la recherche, Mars. Une version remaniée de ce document de travail a été publiée par la suite : Venayre F., 2013, « [Interventionnisme public et développement économique des collectivités d'outre-mer françaises du Pacifique Sud](#) », *Revue Juridique, Politique et Economique de la Nouvelle-Calédonie*, Vol. 22, pp. 42-52.

dont la TDL, mais aussi des exonérations de charges sur les inputs) et la prise en charge directe de la production de biens et services par des structures publiques ou parapubliques. Cependant, l'ensemble de ces interventions ne permet pas de résoudre la question du manque de compétitivité⁹¹ et les résultats obtenus sont pour le moins mitigés, d'autant que de nombreux effets pervers du soutien politique à l'économie ont pu être observés – qu'on en juge notamment au regard des scandales liés à la défiscalisation⁹². En quelque sorte, cet interventionnisme protecteur de la puissance publique se traduit par un « effet boomerang » et vient alimenter en retour les maux de l'économie polynésienne, dégrader encore le climat des affaires et entretenir la défiance envers l'action publique⁹³.

Cette volonté politique de soutenir systématiquement les productions locales s'effectue souvent indépendamment des possibilités de développement de l'industrie, de la capacité à exporter, de l'efficacité productive ou organisationnelle, des emplois créés ou maintenus ou encore du niveau de qualité des produits. On assiste ainsi à une réglementation qui limite les entrées sur les marchés et favorise les situations de domination, ce qui nourrit la cherté des produits pour les secteurs abrités de la concurrence. Là encore, la réponse du politique a été réglementaire, en tentant d'encadrer les prix et les marges, avec les inefficacités que l'on connaît en pareille circonstance⁹⁴.

Le cas des marchés agricoles polynésiens est à cet égard emblématique. J'ai analysé le fonctionnement de la réglementation protectionniste de ces marchés dans un article publié dans la revue *Economies et Sociétés*⁹⁵. Le principe général est celui d'une interdiction d'importation des produits agricoles, mais des quotas mensuels par produit peuvent être ouverts le cas échéant, sur décision de la conférence agricole. Cet organe, dont la composition et le rôle se sont modifiés au cours du temps, permet aux producteurs d'échanger des informations désagrégées sur les quantités de production et constitue les conditions idéales d'un cartel d'ampleur.

Les importations n'interviennent donc qu'en complément des productions locales, assurant l'écoulement de ces dernières et le soutien de leurs tarifs, limitant le choix des consommateurs et provoquant d'inévitables et fréquentes ruptures d'approvisionnement. La concurrence des imports est donc presque inexistante et, notamment, aucune concurrence en qualité ne saurait jouer efficacement pour inciter les producteurs locaux à des productions de qualité sanitaire élevée. Cet article proposait une reconstitution, à partir de diverses sources de données existantes, des consommations polynésiennes d'engrais et de pesticides. Par hectare de terres arables, il apparaît alors que la consommation moyenne d'engrais est supérieure de

⁹¹ Comme cela avait été souligné par Pedro Martins et Alan Winters (Martins P. and Winters A., 2004, "When Comparative Advantage Is Not Enough: Business Costs in Small Remote Economies", *World Trade Review*, Vol. 3(3), pp. 347-383).

⁹² Sur les résultats mitigés de la défiscalisation dans l'hôtellerie en Polynésie française, voir : Ferrant G., Reboud V., Montet C. et Andriaboavonjy D., 2008, *Comment évaluer les effets de la défiscalisation ? Un essai d'analyse économique sur le secteur hôtelier en Polynésie française*, AFD, Décembre. Sur les critiques de la défiscalisation, voir : Guillaume H. (éd.), 2011, *Rapport du comité d'évaluation des dépenses fiscales et des niches sociales*, Juin.

⁹³ Sur la corrélation négative entre régulation publique et confiance, voir : Aghion P., Algan Y., Cahuc P. and Shleifer A., 2010, "Regulation and Distrust", *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 125(3), pp. 1015-1049 ; Algan Y. et Cahuc P., 2007, *La société de défiance. Comment le modèle social française s'autodétruit*, Paris, Rue d'Ulm, CEPREMAP.

⁹⁴ Je reviendrai ultérieurement sur la question de la réglementation des prix.

⁹⁵ Venayre F., 2012, « [Protection du marché agricole et qualité sanitaire en Polynésie française](#) », *Economies et Sociétés*, Série « Systèmes Agroalimentaires », AG, Vol. 34, 10-11/2012, pp. 2057-2076.

moitié à celle de la métropole, tandis que les surfaces subissent une utilisation de pesticides quatre fois plus forte. Ces résultats viennent corroborer des analyses sanitaires menées sur des produits vendus en magasin, qui montrent des dépassements parfois sidérants des limites maximales de résidu de pesticides autorisées (LMR)⁹⁶, et soulignent la nécessité d'une intervention de la puissance publique fondée sur une recherche de qualité sanitaire plutôt que sur une volonté de protéger aveuglément les productions locales.

On le voit donc, si les réglementations qui affectent l'économie polynésienne sont nombreuses, elles ne sont en revanche pas toujours présentes dans les domaines où elles devraient s'imposer et peuvent s'éloigner sensiblement de la recherche d'un bien-être social accru. Même si la théorie économique fournit nombre de motifs pour lesquels bien-être social et surplus individuel ne coïncident pas nécessairement, les dysfonctionnements de la régulation polynésienne et les inefficacités qui en découlent peuvent laisser perplexe. Dans une autre contribution issue d'un ouvrage collectif publié aux Presses universitaires d'Aix-Marseille⁹⁷, je me suis interrogé sur les raisons historiques et juridiques des inefficacités des marchés et des réglementations économiques polynésiennes. On sait notamment, à la suite des travaux de John McMillan, que le rôle des institutions dans l'efficacité des marchés est fondamental⁹⁸, et l'on peut donc se demander pourquoi les institutions polynésiennes ne sont pas plus facilitantes à l'égard des mécanismes de marché.

Cette interrogation m'a incité à porter mon intérêt sur un domaine du droit qui m'était jusqu'alors étranger et le reste encore pour une très large part : le droit public. Le statut de la Polynésie française au sein de la République est en effet régi par une loi organique, comme cela est prévu actuellement pour l'ensemble des collectivités d'outre-mer (COM), et contrairement aux départements d'outre-mer (DOM). La Polynésie bénéficie ainsi d'une large autonomie par rapport aux lois métropolitaines, construite progressivement. Les premiers transferts de la compétence économique au gouvernement polynésien remontent à 1977⁹⁹ et ils se sont accrus considérablement à partir de 1984, date de l'adoption du statut dit d'« autonomie interne »¹⁰⁰.

L'habitude d'une tradition interventionniste française forte, ainsi que l'héritage colonial et notamment le principe de spécialité législative, ont naturellement amené les autorités polynésiennes à utiliser les larges pouvoirs réglementaires initialement dévolus au gouverneur. S'est ainsi développée la forte réglementation interventionniste et protectrice dont il a déjà été question. Le fait que le transfert de la compétence économique – mais aussi fiscale – se soit opéré avant même le virage concurrentiel métropolitain de l'ordonnance du 1^{er} décembre

⁹⁶ Pour un pesticide donné – le chlorothalonil –, on a ainsi pu observer un dépassement de 1 700 fois la LMR dans une variété de laitue.

⁹⁷ Venayre F., 2011, « [Les lacunes du transfert de la compétence économique à la Polynésie française](#) », in J.-Y. Faberon, V. Fayaud et J.-M. Regnault (éds.), *Destins des collectivités politiques d'Océanie – Vol. 2 : Singularités*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Collection Droit d'Outre-Mer, pp. 531-540.

⁹⁸ Voir par exemple : McMillan J., 2002, *Reinventing the Bazaar*, Norton, New York ; McMillan J., 2008, "Market Institutions", in Durlauf S. and Blume L. (eds.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, Palgrave McMillan, 2nd ed. Le terme « institutions » est ici à comprendre au sens de Douglas North, comme les contraintes qui s'imposent à l'ensemble des acteurs économiques et politiques, c'est-à-dire les règles du jeu (North D., 1991, "Institutions", *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 5, pp. 97-112).

⁹⁹ Loi n° 77-772 du 12 juillet 1977 relative à l'organisation de la Polynésie française.

¹⁰⁰ Loi n° 84-820 du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Polynésie française.

1986¹⁰¹, a empêché d'étendre l'application des règles concurrentielles françaises à la Polynésie. De même, de nombreuses questions se posent sur l'application des traités internationaux au territoire. Particulièrement, la légalité de la fiscalité polynésienne au regard des accords de l'OMC fait toujours débat, sans qu'il ait été apporté de réponse satisfaisante et définitive aux interrogations, notamment de nos voisins, comme me le confirmait il y a quelques années le consul de Nouvelle-Zélande.

Si, au fil des révisions du statut de la Polynésie, les pouvoirs de l'exécutif local se sont considérablement accrus, notamment dans la sphère économique, les garde-fous dont la France avait pu se doter lors d'évolutions intérieures similaires n'ont en revanche pas été transposés à Tahiti. Ainsi en va-t-il des autorités administratives indépendantes – qu'il s'agisse d'assurer un bon fonctionnement de la concurrence ou de réguler les industries de réseaux – et de l'adhésion aux accords régionaux ou mondiaux favorisant les échanges commerciaux. Sans doute ces questions étaient-elles d'une importance moindre, dans l'esprit français, à l'époque où les premiers transferts ont eu lieu. Cependant, d'autres éléments conduisent à s'interroger plus en profondeur que ce simple constat chronologique. L'histoire de la chambre territoriale des comptes (CTC) est particulièrement édifiante à cet égard. Alors que la Polynésie développe considérablement son degré d'autonomie en 1984, obtenant des pouvoirs supérieurs à ceux transférés aux régions par la loi Defferre¹⁰², il n'est étonnamment pas créé de chambre territoriale des comptes. Créée finalement en 1990, la CTC de Polynésie française s'implantera aussi de façon surprenante à Nouméa, pour n'être installée à Papeete qu'en 2000¹⁰³. Les seize premières années de l'autonomie interne polynésienne ont donc été soit sans surveillance, soit avec une surveillance rendue pour le moins malaisée¹⁰⁴. Si l'on ajoute à cela les scandales financiers ayant fréquemment défrayé la chronique et le fait qu'une demande de commission d'enquête sur l'utilisation des fonds publics en Polynésie française a été rejetée en 2004¹⁰⁵, on aigüise les doutes quant à une hypothétique envie de bien faire de la métropole en matière de contrôle des dépenses publiques territoriales.

2.1.3. L'absence d'une législation sur la concurrence

Le fait, à mon arrivée à Tahiti, qu'il n'y ait aucune législation sur la concurrence en vigueur, ni autorité dévolue, a été pour moi une surprise de taille et une incompréhension qui ont immédiatement attiré mon attention. Le constat des dysfonctionnements de l'économie polynésienne n'a fait que renforcer cette curiosité et l'envie d'en comprendre les raisons. Certes, comme nous venons de le voir, le transfert par l'Etat français de la compétence

¹⁰¹ Ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

¹⁰² Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, qui soumet les comptes publics aux chambres régionales des comptes (CRC).

¹⁰³ La loi qui institue la CTC de Polynésie française prévoyait pourtant explicitement, en son article 12, que son siège était à Papeete (loi n° 90-612 du 12 juillet 1990 modifiant la loi n° 84-820 du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Polynésie française).

¹⁰⁴ La Nouvelle-Calédonie, située géographiquement en Mélanésie, se trouve en effet à six heures d'avion environ de Tahiti.

¹⁰⁵ Au cours de la séance de l'Assemblée nationale du 23 novembre.

économique au territoire avait été lacunaire, laissant parfois songeur, mais cela n'expliquait pas tout.

Si l'Etat aurait sans doute dû accroître sa vigilance lors du transfert progressif des compétences aux autorités politiques polynésiennes, ces dernières endossent aussi, de fait, une importante responsabilité dans la construction de la réglementation polynésienne et de ses inefficacités. L'Etat n'avait certes pas le pouvoir d'étendre de son propre chef les dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 à la Polynésie, mais quelle était la latitude de cette dernière ? Deux options pouvaient semble-t-il être prises : soit demander l'application des mécanismes métropolitains en Polynésie, soit décider d'adopter des dispositions locales spécifiques.

Mes recherches m'ont montré qu'il y avait bien eu, à l'occasion de l'intégration de l'ordonnance sur la liberté des prix et de la concurrence au sein du code de commerce¹⁰⁶, une discussion à l'Assemblée de la Polynésie française (APF) au sujet de l'extension du droit de la concurrence français à Tahiti. Pourtant, et de façon plus que surprenante, cette extension a été refusée à l'unanimité des 57 membres de l'APF¹⁰⁷. Par la suite, des débats se sont engagés à partir de 2005 sur l'opportunité d'une loi locale sur la concurrence, mais sans avoir donné lieu jusqu'à très récemment à l'adoption d'un quelconque texte.

Mon investissement dans les Etats-généraux de l'outre-mer m'avait conduit à rechercher, en dépit d'une évidente mauvaise volonté de la puissance publique, soutenue par le poids de lobbies influents, quels pouvaient être les vecteurs d'action pour qu'une législation sur la concurrence puisse être finalement adoptée à Tahiti. A ma grande surprise, j'ai découvert que si le statut de la Polynésie française lui permettait la création d'un droit local de la concurrence, il l'empêchait à l'inverse de créer une réelle autorité administrative indépendante (AAI). Seule la création d'un organe consultatif de médiation, de recommandation et d'évaluation était possible, ce qui apparaissait largement insuffisant pour permettre un réel développement de la concurrence à Tahiti.

A l'occasion de la restitution nationale des travaux des Etats-généraux, j'ai participé à Paris à une séance de travail sur la formation des prix et des marges en outre-mer. Madame Anne Bolliet, inspectrice générale des finances, présidait cette session et je me suis ouvert à elle de ce frein statutaire qui nuisait au bon fonctionnement de l'économie polynésienne. Or, Madame Bolliet a été chargée l'année suivante, par une heureuse coïncidence, de coordonner un important audit sur la Polynésie, ce qui m'a permis de la rencontrer à nouveau à Tahiti, cette fois en présence de Christian Montet. Nous avons à cette occasion poussé tous les deux ce dossier de la nécessité d'une modification de la loi organique, qui nous tenait à cœur. Nos efforts ont alors porté puisque le rapport Bolliet fait état de cette difficulté, indiquant explicitement qu'*« il est hautement souhaitable de modifier la loi organique statutaire de manière à prévoir la possibilité pour l'Assemblée de Polynésie française de créer des AAI dotées, par exemple, d'un pouvoir*

¹⁰⁶ Par l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de commerce. Cette modification législative a fait l'objet d'une discussion par les représentants de l'assemblée territoriale car le code de commerce était applicable en Polynésie française.

¹⁰⁷ Procès-verbal de l'APF du 6 juillet 2000.

réglementaire et/ou du pouvoir de prendre des décisions individuelles »¹⁰⁸. La loi organique a depuis été révisée au 1^{er} août 2011, et je suis véritablement ravi d'avoir pu contribuer à débloquent une situation qui laisse maintenant espérer une amélioration future pour les Polynésiens¹⁰⁹.

J'avais déjà régulièrement écrit, seul ou en collaboration, sur la nécessité de l'adoption d'un droit de la concurrence polynésien¹¹⁰, ou eu différentes actions médiatiques telles que des débats télévisés et des interventions dans la presse écrite, mais cette ouverture enfin permise par la révision statutaire a fortement relancé à Tahiti les échanges sur cette question. Ainsi, quelques jours seulement après la révision statutaire, un premier projet de loi¹¹¹ était proposé, mais il était extrêmement lacunaire ; il ne prévoyait notamment ni mise en place d'une AAI – alors même que le statut de la Polynésie l'autorisait enfin –, ni contrôle des concentrations. La piètre qualité de ce projet, compte tenu des difficultés historiques de la mise en place de règles pro-concurrentielles à Tahiti, m'a incité à participer activement au débat public, tant pour tenter un peu de pédagogie sur des mécanismes souvent mal compris, que pour apporter une voix distincte de celle des tenants du *statu quo*. Il m'est alors venu l'idée d'écrire un livre, qui présenterait les avantages d'une législation sur la concurrence et les écueils à éviter lors de sa rédaction, pour alimenter le débat et contrer certains arguments fallacieux trop souvent entendus ici ou là. Naturellement, Christian Montet, spécialiste d'économie de la concurrence et bon connaisseur de la situation polynésienne, s'imposait comme partenaire à ce projet. Je lui ai donc proposé de partir en tandem, ce qu'il a immédiatement accepté¹¹².

La période qui s'ensuivit fut particulièrement agréable. Nous avons décidé de concevoir notre livre en deux parties complémentaires. La première discutait des enjeux et des modalités d'une politique de concurrence. Elle se voulait pédagogique et relativement simple d'abord, même si les mécanismes sont parfois suffisamment complexes pour justifier quelques encarts plus techniques, que nous imaginions plutôt destinés à nos étudiants. Il s'agissait pour cette partie d'une vulgarisation scientifique des mécanismes de l'économie et du droit de la concurrence, abordée sous un angle très général et donc destinée à un public relativement large. Il n'y était, notamment, pas question de la situation tahitienne. La seconde partie du livre, en revanche, s'intéressait aux petites économies, et au premier chef à la Polynésie.

Souvent, nous avons entendu des arguments justifiant l'absence d'un droit de la concurrence tahitien par les spécificités de l'économie locale, et notamment les handicaps de compétitivité dont il a été question plus haut, mais également des caractéristiques culturelles océaniques. Bien entendu, ces arguments provenaient toujours des tenants du système actuel, et nous avons déjà, avec Christian Montet, montré que l'Océanie ne pouvait pas être un alibi à

¹⁰⁸ Bolliet A. (éd.), 2010, *Mission d'assistance à la Polynésie française*, Rapport IGF-IGA-IGAS, Septembre, p. 10 (le soulignement est d'origine).

¹⁰⁹ Loi organique n° 2011-918 du 1^{er} août 2011 relative au fonctionnement des institutions de la Polynésie française, qui a inséré l'article 30-1 dans la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

¹¹⁰ Voir les articles déjà cités : « [Les lacunes du transfert de la compétence économique à la Polynésie française](#) » ; « [La gouvernance du système économique polynésien en question – Comment protection et absence de concurrence obèrent la croissance](#) », avec Tamatoa Bambridge et Julien Vucher-Visin ; « [Interventionnisme public et handicaps de compétitivité : analyse du cas polynésien](#) ».

¹¹¹ Il s'agit en fait d'une « loi du pays », ce qui correspond à un acte administratif, et non législatif.

¹¹² Ce livre est paru en avril 2013 : Montet C. et Venayre F., 2013, [La concurrence à Tahiti : Une utopie ?](#), éditions Au Vent des Îles, Tahiti, Avril, 308 p.

la mise en place d'une bonne gouvernance. Dans un article du *Journal de Droit Comparé du Pacifique*¹¹³, nous avons ainsi utilisé un rapport effectué pour le compte du Forum du Pacifique¹¹⁴ qui illustrait l'intérêt que certains pays de l'Océanie portaient à la mise en œuvre d'une politique de concurrence. Nous en tirions des enseignements pour les territoires francophones de la région, soulignant le caractère impérieux d'un droit moderne accompagné d'une autorité forte et indépendante, ainsi que l'indispensable inscription de la réforme dans un cadre général pro-concurrentiel alliant ouverture des échanges et suppression des contrôles archaïques de prix.

La seconde partie de notre livre s'ouvrait donc sur cette idée que la petite taille d'un pays ne pouvait en rien justifier qu'il se tienne à l'écart de mécanismes institutionnels vertueux. Nous exposons ensuite les péripéties de la concurrence à Tahiti en proposant une lecture critique du premier projet de loi qui se discutait à l'époque et finit d'ailleurs par être rejeté par l'Assemblée. Cette partie tahitienne se clôturait par deux focus spécifiques : le cas de la grande distribution, dont on sait qu'elle est souvent concentrée et suscite les passions dans les économies insulaires, et les industries de réseaux, en monopole bien entendu, mais sans le support d'une réglementation efficace et suffisamment coercitive pour contraindre les opérateurs à des prix raisonnables. Nous exposons notamment le cas de l'opérateur local d'électricité – Electricité de Tahiti, filiale du groupe GDF-Suez –, dont nous montrions les limites de l'encadrement des prix par la puissance publique, faisant apparaître la nécessité de modifier la régulation actuelle. Ce court passage de notre livre nous a valu le courroux non dissimulé de l'opérateur en place, une polémique intense avec son PDG dans la presse locale, et quelques échanges en privé que nous pourrions qualifier de virils. Cependant, à l'occasion d'une action en justice qui nous était étrangère, le tribunal administratif de Papeete a affirmé la nécessité de revoir le calcul des prix de l'énergie électrique, confirmant ainsi notre analyse¹¹⁵. Comme l'indique un communiqué du tribunal, ce dernier « *estime que cette formule [qui détermine le prix de l'électricité] ne reflète pas de manière adaptée les différents coûts et ne donne pas à l'autorité concédante les moyens suffisants pour les contrôler et maîtriser leur évolution* »¹¹⁶. Le tribunal laissait alors un délai, jusqu'au 1^{er} octobre 2013, pour revoir cette formule. Malheureusement, à l'heure actuelle, la formule de définition du tarif de l'électricité n'a toujours pas fait l'objet d'une révision suffisante permettant de régler les problèmes soulevés, illustrant ainsi une nouvelle fois les difficultés rencontrées pour faire évoluer les choses. Toutefois, notre insistance quant à la nécessité de consulter la Commission de régulation de l'énergie (CRE) semble porter ses fruits puisque le vice-président polynésien a rencontré le président de la CRE le 18 juin dernier et qu'une nouvelle formule pourrait, selon la presse, être établie dès novembre¹¹⁷.

Lorsque nous avons cherché avec Christian Montet à publier notre livre, nous avons opté pour un éditeur polynésien : *Au Vent des Îles*. En outre, alors que la première partie de notre livre était généraliste, nous avons fait le choix de faire explicitement apparaître Tahiti dans son titre (*La concurrence à Tahiti : Une utopie ?*). Avec ces deux décisions, nous avons

¹¹³ Montet C. et Venayre F., 2012, « [Politique de la concurrence dans les petits pays insulaires : Le rapport pour le Forum du Pacifique](#) », *Comparative Law Journal of the Pacific – Journal de Droit Comparé du Pacifique*, Vol. 18, pp. 27-47.

¹¹⁴ Minter Ellison, 2010, *A Model Regulatory Framework for Forum Island Countries*, Report prepared for the Pacific Islands Forum Secretariat, 28 June.

¹¹⁵ Jugement du tribunal administratif de la Polynésie française n° 1300069 du 3 juillet 2013.

¹¹⁶ Tribunal administratif de la Polynésie française, Communiqué de presse du 3 juillet 2013.

¹¹⁷ *Tahiti Infos*, article du 22 juin 2015.

conscience de nous fermer dans une large mesure les portes des lecteurs métropolitains, mais nous en espérons en retour une lisibilité plus forte au plan local qui nous permette d'intervenir davantage lors du processus de construction du droit polynésien de la concurrence, qui s'était amorcé, et dont nous espérons qu'il allait finalement déboucher sur l'adoption d'un texte. Avec le recul, notre choix s'est avéré payant, puisque notre livre nous a permis de nombreuses interventions dans les médias locaux, et plusieurs auditions sur les différents projets de loi qui se sont succédés, auprès du Conseil économique, social et culturel, de l'Assemblée, d'hommes politiques, de syndicats ou de chefs d'entreprises (MEDEF, FGC). Ces différentes interventions nous ont permis d'infléchir certains éléments des projets de loi. Pourtant, si nous sommes parvenus à avoir une audience locale relativement large, jamais les rédacteurs de la loi eux-mêmes n'ont souhaité nous rencontrer, ce que nous regrettons car nous estimons que la loi finalement adoptée comporte encore des imperfections qu'il aurait été salubre – selon nous, bien entendu – de modifier¹¹⁸.

Conformément à nos attentes, notre livre n'a pas été un *best-seller* et nous renonçons à disputer le marché à Marc Lévy ou Mary Higgins Clark¹¹⁹. Il nous a cependant apporté une autre satisfaction, outre celle d'avoir pu pousser le vote de la loi ou d'avoir pu mettre sur la place publique la question de la mauvaise régulation des tarifs de l'électricité. En effet, sur conseil de notre collègue de l'université Jean-Claude Oulé, que je tiens ici à remercier une nouvelle fois, nous avons candidaté à la deuxième édition du prix Vogel de droit économique, décerné par le célèbre cabinet d'avocats Vogel & Vogel. Notre ouvrage s'est vu attribuer le prix *Coup de cœur* en décembre 2013, ce dont je remercie également vivement les organisateurs. Il ne s'agit certes pas du premier prix, le plus prestigieux¹²⁰, remporté par le professeur de droit Ejan Mackaay, pour son livre *Law and Economics for Civil Law Systems*¹²¹. Mais compte tenu de la qualité des livres en compétition, de notre positionnement très ilien et du fait que nous sommes économistes et non juristes, il aurait été mal venu de faire la fine bouche et nous n'avons en conséquence pas boudé notre plaisir.

¹¹⁸ La loi sur la concurrence a finalement été adoptée par l'APF le 25 juin 2014, mais n'a été promulguée par le président de la Polynésie française que le 23 février 2015, soit huit mois plus tard, ce qui laisse penser que des réticences à la mise en place de ce texte existent encore. A ce jour, l'Autorité polynésienne de la concurrence prévue par le texte n'a d'ailleurs toujours pas été créée, bien que le nom de son président vienne d'être rendu public en mai 2015.

¹¹⁹ 750 exemplaires ont été vendus dans les deux premières années suivant la parution.

¹²⁰ Et le seul donnant lieu, à l'époque, à une jolie dotation monétaire de 15 000 euros. Me revient à cet égard une anecdote au sujet de John Nash, recevant en 1994 le prix Nobel (avec Reinhard Selten et John Harsanyi). John Nash disait alors espérer que cela allait améliorer sa situation auprès de sa banque car il avait très envie d'une carte de crédit et avait déclaré, non sans humour, que bien qu'on soit supposé être très heureux de partager le prix, il aurait préféré être le seul lauréat car cet argent lui aurait été bien utile (voir l'excellent livre de Sylvia Nasar, p. 451 : Nasar S., 2002, *Un homme d'exception*, Calmann-Lévy, Mars). Pour ce qui est de notre situation, entre le second prix Vogel et nos piètres ventes, aucun enrichissement personnel ne pourra au moins nous être reproché.

¹²¹ Mackaay E., 2013, *Law and Economics for Civil Law Systems*, Edward Elgar Publishing, January, 560 p.

2.2. La concurrence au cœur des interrogations ultramarines

On l'aura compris, l'étude de l'économie tahitienne s'avère pour le microéconomiste être un incroyable terrain de jeu. Les mécanismes à l'œuvre sur les marchés polynésiens, les incitations non bridées des entreprises, les réglementations parfois improbables, d'autres fois inexistantes, donnent libre cours à l'imagination de nouvelles organisations. Le haut degré d'autonomie de la Polynésie française au sein de la République, de plus, laisse entrevoir des solutions différentes de celles qui sont utilisées en métropole et le résultat directement appliqué – ou tout au moins applicable – des études menées confère à celles-ci une utilité immédiate particulièrement stimulante.

Parallèlement à mon travail sur l'économie polynésienne, dans les années qui suivirent ma mutation à Tahiti, l'outre-mer connaissait d'importants changements, initiés par les Etats-généraux de l'outre-mer, lancés comme nous l'avons vu début 2009. Ce tournant devait s'accompagner d'un considérable renforcement de l'activité de l'Autorité de la concurrence dans les territoires ultramarins (2.2.1.). En outre, le politique semblait décidé à rompre avec le passé réglementaire des outre-mer et proposait, avec le vote de la loi Lurel¹²², de nouveaux outils d'action spécifiques (2.2.2.). Même si l'autonomie des collectivités du Pacifique que sont la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française les tiennent en marge des lois métropolitaines, elles ne peuvent cependant pas ignorer ce bouleversement de la vie des affaires des autres outre-mer, ce qui laisse espérer des réformes sensibles, comme on en a déjà eu un aperçu avec la loi polynésienne sur la concurrence (2.2.3.).

2.2.1. Renforcement de l'action de l'Autorité de la concurrence en outre-mer

En même temps que le gouvernement français lançait les Etats-généraux de l'outre-mer, pour répondre aux attentes des populations ultramarines en matière de coût de la vie, il saisissait également l'Autorité de la concurrence pour avis sur la situation des DOM en matière de commercialisation des carburants et d'importation-distribution¹²³. Dès ces deux avis fameux, l'Autorité laissait entendre qu'elle ne s'en tiendrait pas à une activité descriptive et consultative ; en effet, les années suivantes ont montré que ces avis, plutôt qu'une réponse à des contraintes politiques conjoncturelles, constituaient bien le point de départ d'une intense action de l'Autorité dans les territoires ultramarins. Cette activité ne s'est pas relâchée depuis, au grand bonheur des analystes de l'outre-mer qui espèrent un changement, nécessairement exogène, des comportements des agents économiques insulaires.

¹²² Loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer.

¹²³ Avis n° 09-A-21 du 24 juin 2009 relatif à la situation de la concurrence sur les marchés des carburants dans les départements d'outre-mer et n° 09-A-45 du 8 septembre 2009 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer.

Parmi les décisions d'importance rendues par la suite par l'Autorité, il en est une qui a particulièrement attiré mon attention, non seulement par son contenu, mais également du fait de sa géographie, puisqu'il s'agissait de sanctionner des pratiques ayant pris corps à Saint-Pierre-et-Miquelon¹²⁴. L'ampleur des sanctions prononcées dans cette affaire¹²⁵, au regard de la très petite taille de l'archipel, qui ne compte que 6 125 habitants, attirait l'œil. Quant au contenu, la décision condamnait une entente aussi élaborée que durable et offrait la possibilité de revenir opportunément sur le calcul des sanctions et sur la procédure de non-contestation des griefs qui m'avaient intéressé quelques mois plus tôt¹²⁶.

Je me suis donc focalisé, dans un premier article de la *Revue Lamy de la Concurrence*¹²⁷, sur le fond de l'affaire, découvrant des pratiques d'une particulière gravité, d'ailleurs assez révélatrices du sentiment d'impunité de certaines entreprises ultramarines au regard de la législation économique. Entre la rédaction de mes deux articles s'intéressant au calcul des sanctions, le communiqué définitif de l'Autorité avait été publié, répondant pour partie aux interrogations de mon précédent travail. Dans mon premier article, j'avais en effet émis des réserves sur la définition de l'assiette utilisée dans les cas d'ententes sur appels d'offres, puisque le projet de communiqué prévoyait celle « *que l'Autorité retiendra comme pertinente au cas d'espèce* », mais heureusement, la version définitive du communiqué avait levé cette incertitude en fournissant les précisions nécessaires. Au-delà de l'analyse du calcul de la sanction, cet article proposait de revenir sur l'application de la procédure de non-contestation des griefs. Dans mon article de 2011, je faisais apparaître des points discordants dans le traitement de deux affaires – celle du port autonome de Marseille et celle des peintures sur infrastructures métalliques – ce qui soulignait le caractère aléatoire de l'intérêt des entreprises à renoncer à contester les griefs qui leur étaient reprochés. Ainsi, il était très complexe de savoir si la division par deux du montant maximal encouru pouvait réellement constituer un gain pour les entreprises, de même que la fixation du taux de réfaction était suffisamment erratique pour empêcher des anticipations rationnelles des firmes. Sur ces deux points, la décision saint-pierraise, la publication du communiqué final sur les sanctions et le nouveau communiqué de procédure sur la non-contestation des griefs¹²⁸ permettent des éclaircissements notables.

Ainsi, en référant à une proportion de la valeur des ventes et à un coefficient multiplicateur lié à la durée de l'infraction, tous deux quantifiés, la potentialité d'un gain immédiat pour les firmes qui décideraient de recourir à la procédure de non-contestation des griefs peut apparaître. L'article propose ainsi des simulations en fonction des parts de chiffres d'affaires concernés par les pratiques anticoncurrentielles et de la durée des infractions. Il

¹²⁴ Décision n° 12-D-06 du 26 janvier 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des agrégats et des marchés aval à Saint-Pierre-et-Miquelon.

¹²⁵ Les entreprises en cause ont été sanctionnées à hauteur de 381 400 euros, ce qui est considérable compte tenu du PIB de la collectivité qui n'est que de 161,3 millions. En outre, les amendes atteignaient presque le maximum légal autorisé.

¹²⁶ Voir l'article de 2011 déjà cité : « [La détermination des sanctions dans les ententes sur appels d'offres en l'absence de contestation des griefs](#) ».

¹²⁷ Venayre F., 2012, « [Nous, au village, aussi, l'on a, De beaux assassinats'... Ou l'entente saint-pierraise et ses enseignements en matière de sanctions et de non-contestation des griefs](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 31, Avril-Juin, pp. 16-22.

¹²⁸ Communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs. Le communiqué est postérieur à l'affaire de Saint-Pierre-et-Miquelon, mais ses dispositions y sont visiblement appliquées, sans toutefois distinguer explicitement les deux composantes de la réfaction que le communiqué distingue.

ressort de ces simulations que les infractions pour lesquelles la non-contestation ne présente pas d'intérêt au regard de ce critère de la division par deux du maximum encouru sont celles qui sont les moins graves en termes de durée et d'impact sur le chiffre d'affaires global des entreprises.

Du point de vue de la volatilité du taux de réfaction, le communiqué sur la non-contestation est venu apporter des éclaircissements en distinguant deux composantes de ce taux. La première d'entre elles constitue ainsi une proportion applicable au titre même de la renonciation à contester les griefs (de 10 %), qui a le mérite de la clarté et de l'équité de traitement, répondant de ce point de vue aux observations de mon précédent article. La seconde partie du taux est quant à elle déterminée par les engagements souscrits, et peut osciller entre 5 et 15 %. Même si une incertitude demeure encore sur cette seconde composante, mais il ne saurait en être autrement, les nouvelles dispositions permettent donc de mieux appréhender les conséquences d'un recours à la procédure de non-contestation. Les fluctuations de sanctions extrêmement marquées qui avaient pu être observées par le passé devraient donc à l'avenir être contingentées, ce qui constitue sans conteste une avancée dans la bonne direction.

L'affaire saint-pierraise est également intéressante au-delà du fond et des enseignements qu'elle apporte sur le calcul des sanctions et de l'intérêt du recours à une transaction. Elle résonne en effet comme un avertissement particulièrement impérieux à l'ensemble des acteurs économiques ultramarins et illustre un changement radical de volonté politique. Je me suis intéressé à la valeur symbolique de cette décision dans un autre article publié cette fois dans le *Journal de Droit Comparé du Pacifique*¹²⁹.

Cet article fait le point sur l'applicabilité des règles concurrentielles françaises dans les différents territoires ultramarins, au regard de leur histoire, de leurs institutions, et de l'évolution des statuts conférés par la République à ses outre-mer. L'histoire de ces derniers, et notamment le découpage en DOM et en TOM, a conduit en effet à distinguer les droits applicables. Si, sauf mention contraire, les lois de la République s'appliquent de fait dans les départements (principe d'identité législative), elles ne sont en revanche pas directement transposées pour les territoires (principe de spécialité législative). La révision constitutionnelle opérée depuis en 2003¹³⁰, et instituant le statut de collectivité d'outre-mer (COM), a conduit à différencier pour les anciens TOM des degrés d'autonomie variables, précisés par lois organiques. L'histoire institutionnelle particulière de Saint-Pierre-et-Miquelon – qui n'a notamment été un département d'outre-mer que neuf ans – en fait une COM spécifique à autonomie relativement faible, dans laquelle les lois françaises sont directement applicables, à l'exception de quelques domaines explicitement mentionnés.

Le droit de la concurrence français, s'il ne pouvait pas être directement applicable en Polynésie comme nous l'avons vu, concernait en revanche dès son origine certains outre-mer, dont Saint-Pierre-et-Miquelon. Pourtant, les autorités de concurrence ne s'étaient que très

¹²⁹ Venayre F., 2013, « [Rappel de la loi républicaine sur la concurrence pour Saint-Pierre-et-Miquelon : Une nouvelle volonté politique pour les économies ultramarines](#) », *Comparative Law Journal of the Pacific – Journal de Droit Comparé du Pacifique*, Vol. 19, pp. 109-126.

¹³⁰ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République.

marginalement intéressées aux outre-mer avant les saisines du gouvernement liées aux émeutes de la fin de l'année 2008. Cette absence de contrôle des marchés ultramarins a participé au développement d'un sentiment d'impunité de certaines entreprises insulaires, dont les conséquences sont notamment un recours assez fréquent aux barrières de marché, aux stratégies d'éviction des concurrents, et d'une façon générale aux abus de position dominante et aux ententes. L'affaire saint-pierraise est à cet égard emblématique, puisqu'alors que les non membres du cartel pâtissaient de la situation imposée par ce dernier, il a fallu attendre dix-huit années pour qu'il y soit mis fin. Une telle omerta traduit bien le fatalisme dans lequel les entreprises ultramarines sont souvent confinées à l'égard des dominations de marché. On se plaît ainsi à lire l'Autorité lorsqu'elle invite ces entreprises « à se rapprocher de ses services pour l'informer de leurs difficultés concurrentielles »¹³¹.

Si le gouvernement a attiré davantage, avec ses demandes d'avis de 2009, l'attention de l'Autorité sur la situation économique des outre-mer, il semble que cette dernière se soit prise au jeu et relaie actuellement cette grande offensive contre les pratiques anticoncurrentielles insulaires. Avec l'affaire saint-pierraise, l'Autorité affirme ainsi que nulle entreprise exerçant une activité économique dans un territoire où le droit français s'applique ne peut se prévaloir de son autonomie pour ne pas se conformer à la loi républicaine en la matière. On ne peut que s'en réjouir.

A cette même période où l'Autorité sanctionnait fortement le cartel saint-pierrais, elle donnait également un autre avertissement du même ordre à La Réunion et Mayotte, dans le cadre d'un non-respect d'injonction¹³². Dans un commentaire réalisé avec Véronique Sélinsky, avocat au barreau de Montpellier et ancienne maître de conférences en droit privé¹³³, nous avons souligné que, si le non-respect d'injonction est par nature une infraction grave, les tarifs pratiqués par les opérateurs historiques de téléphonie mobile correspondaient cependant à un dépassement ne s'élevant qu'à un tiers de centime d'euro par minute, et sur une seule année. L'Autorité reconnaissait également que la concurrence n'avait pu être faussée et, pourtant, prononçait une sanction de deux millions d'euros d'amende¹³⁴. Il est donc difficile de ne pas voir dans cette sanction une volonté dissuasive forte et une réaffirmation de la présence de l'Autorité dans tous les territoires, même éloignés de la métropole. Fin 2013, le Président Bruno Lasserre, à l'occasion d'une audition par la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale, faisait d'ailleurs le point sur le dynamisme de l'activité pro-concurrentielle outre-mer et soulignait que l'action de l'Autorité dépassait le strict cadre de l'économie, confirmant ma lecture des affaires saint-pierraise et de l'Océan Indien : « *au-delà des questions strictement économiques, j'insiste sur l'aspect psychologique de notre action, qui a consisté à démontré*

¹³¹ Autorité de la concurrence, 2011, *Outre-mer, dynamiser la concurrence au service de tous*, Paris, La documentation française, Collection Déclic, p. 7.

¹³² Décision n° 12-D-05 du 24 janvier 2012 relative au respect par la société SRR de l'injonction prononcée par la décision n° 09-MC-02 du 16 septembre 2009.

¹³³ Sélinsky V. et Venayre F., 2012, « [Suite d'une injonction dans la téléphonie mobile à La Réunion et à Mayotte](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 31, Avril-Juin, pp. 16-22.

¹³⁴ Il faut préciser que les comptes de SRR étaient consolidés au sein de Vivendi, ce qui portait tout de même le maximum légal de la sanction à 2,7 milliards d'euros.

à des populations ultramarines, qui ont souvent le sentiment d'être les oubliées de la régulation économique, que le droit commun de la concurrence s'applique en outre-mer »¹³⁵.

L'action ultramarine de l'Autorité, très soutenue, a aussi été pour moi l'occasion de revenir sur le secteur de la distribution, auquel je m'étais intéressé en métropole lors des débats autour de la loi Galland et à Tahiti, en lien avec les inquiétudes locales sur les positions de marché des distributeurs¹³⁶. L'année 2012 a en effet vu une concentration autorisée en Martinique, assortie de remèdes¹³⁷, à l'occasion de laquelle il m'est apparu intéressant d'étudier dans quelle mesure les spécificités des marchés ultramarins étaient prises en considération¹³⁸. On sait que la pratique des autorités de concurrence conduit en la matière à définir une segmentation des types de distribution, tout en reconnaissant qu'il peut marginalement exister des porosités entre ces différentes formes de commerce.

Dans cette concentration martiniquaise, l'Autorité de la concurrence fait état de la nécessité de tenir compte des spécificités du marché local et propose deux angles d'analyse différents, l'un qui élargit la définition des types de commerce à retenir, mais en se limitant à une zone géographique stricte, l'autre agrandissant la zone retenue mais ne considérant que le segment des hypermarchés. La première analyse conduit alors à considérer que l'opération n'est pas susceptible de générer de problèmes de concurrence. La seconde, en revanche, fait apparaître un leader sur la zone et suscite donc pour l'Autorité des doutes sérieux. Mais l'entité fusionnée proposant de réduire la surface de l'un de ses hypermarchés – pour des motifs initiaux de manque de rentabilité – cela modifie la part de marché globale de l'opérateur ainsi que le calcul de l'indice d'Hirschman-Herfindahl qui en découle. Sous réserve de cette modification, l'opération est ainsi acceptée. Pourtant, il ne s'agit en l'espèce que de réduire légèrement la surface de vente de 2 800 m² à 2 450 m², ce qui ne semble pas de nature à modifier le comportement des consommateurs, mais suffit ainsi à changer l'établissement de catégorie, puisqu'il passe alors des hypermarchés aux supermarchés.

Mon article s'interrogeait sur l'opportunité d'utiliser pour les territoires ultramarins les critères habituels d'analyse des marchés de distribution, élaborés pour les marchés métropolitains. Les marchés insulaires connaissent en effet une distribution sans doute moins segmentée que celle qui peut être observée en métropole. Ils sont par exemple moins touchés par le gigantisme des distributeurs, à la fois en raison de marchés plus étroits et de

¹³⁵ Audition par la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale, ouverte à la presse, de Monsieur Bruno Lasserre, président de l'Autorité de la concurrence, sur les problèmes de concurrence en outre-mer, du mercredi 4 décembre 2013, Présidence de Monsieur François Brottes. Cette audition a fait l'objet d'un article sur lequel je reviendrai également dans le paragraphe suivant : Venayre F., 2014, « [Audition du président de l'Autorité de la concurrence : confirmation du dynamisme de l'action outre-mer et premiers effets de la loi REOM](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 39, Avril-Juin, pp. 137-141.

¹³⁶ Voir les publications déjà citées : « [Grande distribution française : faire confiance au marché ou céder à la tentation réglementaire ?](#) » et [La concurrence à Tahiti : Une utopie ?](#), avec Christian Montet.

¹³⁷ Décision n° 12-DCC-59 du 4 mai 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Socolma, Somacom et René Lancry (actifs du Groupe Lancry) par la société Socohold (Groupe Parfait). Sur le fondement de l'utilisation des remèdes en matière de contrôle des concentrations, voir : Bougette P. et Montet C., 2005, « Doutes sur les remèdes non structurels dans le contrôle des concentrations », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 2, Février-Avril, pp. 9-15 ; Bougette P., 2011, « Négociation d'engagements en matière de concentrations : une perspective d'économiste », *Revue Internationale de Droit Economique*, dossier spécial n° 4, « Les procédures négociées en droit de la concurrence », pp. 111-124.

¹³⁸ Venayre F., 2012, « [Concentration dans la distribution alimentaire en Martinique : jusqu'où prendre en compte les spécificités ultramarines ?](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 33, Octobre-Décembre, pp. 12-14.

disponibilités foncières moindres, ce qui pourrait inciter à considérer différemment la distinction classique entre supermarchés et hypermarchés. De la même façon, les zones de chalandise des magasins ne correspondent sans doute pas aux définitions utilisées en métropole, basées sur des temps de trajet en voiture. La spécialisation de certains points de vente sur des produits déterminés, ou des niveaux de qualité spécifiques des magasins, peuvent en effet attirer des consommateurs domiciliés pourtant dans des zones relativement éloignées de l'île. Les migrations quotidiennes des consommateurs, du fait des trajets domicile-travail parfois assez longs, sont également susceptibles d'attirer vers un point de vente des consommateurs qui ne relèveraient pas de la zone de chalandise habituellement définie et, de ce point de vue, les emplacements des magasins peuvent aussi revêtir un aspect stratégique, selon la nature du réseau routier¹³⁹.

L'ensemble de ces caractéristiques pourrait donc conduire à revoir la pertinence d'une forte segmentation des différents types de commerce pour les marchés ultramarins. L'étude des pressions concurrentielles susceptibles de s'exercer par une forme de commerce sur une autre revêtirait sans doute une utilité non négligeable. Enfin, dans le contexte du contrôle des concentrations, l'exiguïté des territoires insulaires et les handicaps de compétitivité dont ils souffrent pourraient justifier une interrogation sur la place relative, dans le bilan concurrentiel, des gains d'efficacité et des risques concurrentiels.

2.2.2. Nouveaux débats, nouveaux outils : la loi Lurel en rupture avec un passé réglementaire ?

Le paragraphe précédent ne donne bien entendu qu'un petit aperçu de l'action de l'Autorité en outre-mer depuis 2009, d'autant que le législateur a souhaité accompagner le mouvement pro-concurrentiel ultramarin en y créant de nouveaux outils d'action. La loi Lurel, votée en novembre 2012, souhaitait ainsi rompre avec le passé réglementaire des outre-mer en matière de prix ou de marges. Les nombreux débats qui ont eu lieu à l'Assemblée nationale ou au Sénat, lors du processus d'adoption de la loi, ont ainsi été l'occasion, pour le ministre, d'affirmer la nécessité d'une intervention pro-concurrentielle sur les marchés ultramarins, plutôt qu'une approche d'encadrement du prix final des produits, qui avait depuis longtemps fait la preuve de son inefficacité.

Pourtant, en étudiant plus attentivement les modifications du projet de loi initial par les différents amendements qui ont pu être votés, on constate que la loi Lurel a été sensiblement

¹³⁹ Le caractère souvent unique de la route empruntée pour les trajets domicile-travail, s'il est allié à une impossibilité – fréquente – d'accéder aisément au côté opposé de la voie de circulation, peut différencier sensiblement le côté mer du côté montagne et générer des avantages compétitifs patents pour les points de vente situés du « bon côté » de la route par rapport au trajet effectué.

modifiée par rapport à son esprit original. Dans un travail réalisé avec Christian Montet¹⁴⁰, nous avons analysé l'intégralité des discussions parlementaires et mis en évidence les évolutions successives du projet. La loi finalement retenue contient ainsi un certain nombre de dispositions qui n'existaient pas à l'origine et réintroduisent une vision assez réglementaire des économies insulaires : renforcement de l'information sur les prix (notamment dans l'aérien, le secteur bancaire et les produits agricoles) et des observatoires sur les prix et les marges ; contrôle des prix des produits de première nécessité (PPN) et de grande consommation (PGC) ; négociation tarifaire annuelle entre fournisseurs et distributeurs, sous le contrôle du représentant de l'Etat ; obligation de réserver une partie des linéaires aux productions régionales. Autant de dispositions qui donnent un poids encore sensible à la réglementation tarifaire et font douter d'une réelle rupture avec les réflexes passés.

Nous avons détaillé comment ces différents amendements avaient été adoptés et montré qu'ils provenaient souvent des représentants ultramarins eux-mêmes. Cet aspect illustre bien le manque de confiance que l'on ressent en outre-mer quant aux processus de marché. Les différentes interventions des parlementaires ultramarins, largement citées dans notre article, montrent ainsi une demande constante de protection des marchés insulaires et des réflexes réglementaires ancrés, qui conduisent parfois à des incohérences majeures avec l'ambition affichée du ministre de l'Outre-mer et semblent laisser la loi au milieu du gué qu'elle s'était promis de franchir.

Les mesures les plus emblématiques de la loi Lurel étaient également discutées dans notre article : interdiction des accords d'exclusivité d'importation, réglementation des marchés de gros, conception renouvelée de l'urbanisme commercial et instauration d'un mécanisme d'injonction structurelle spécifique à l'outre-mer¹⁴¹.

L'interdiction de certains accords d'exclusivité d'importation était déjà possible en droit français, mais au titre des pratiques restrictives. La loi Lurel, en établissant une infraction propre, a confié à l'Autorité le traitement de ces accords, ce dont on peut se féliciter. Toutefois, l'application de la règle de raison – dont nous avons vu qu'elle est soutenue par les travaux de la théorie économique – n'est pas pleinement assurée. Les limites posées par la loi au principe général de l'interdiction, modifiées au cours des débats pour introduire une référence à l'équité du partage des profits et inverser la charge de la preuve, obligeant les entreprises à démontrer l'efficacité économique de l'accord, peuvent en effet laisser craindre un recours facilité à une forme d'interdictions *per se*. Cette mesure interroge également sur son caractère opérationnel dans l'hypothèse où les accords ne seraient pas formalisés. Le Président Bruno Lasserre a certes indiqué fin 2013 que les interdictions concernaient les exclusivités « *de droit ou de fait* », mais il semble complexe de sanctionner une entreprise au simple motif qu'elle

¹⁴⁰ Montet C. et Venayre F., 2013, « [La loi REOM contre la vie chère en Outre-mer : une construction difficile entre concurrence et administration des prix](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 35, Avril-Juin, pp. 131-140. Voir également, pour d'autres analyses de la loi : Grall J.-C., 2012, « Vers une économie administrée dans les DOM ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 33, pp. 28-29 ; Manna S., 2013, « Loi de régulation économique Outre-mer : les bases d'un droit de la concurrence ultramarin », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 35, pp. 125-130.

¹⁴¹ Ce dernier aspect des injonctions structurelles ne sera pas abordé dans ce paragraphe car il constitue une part importante de mon projet de recherche actuel, dont je parlerai dans la troisième partie.

manque de concurrent, si toutefois elle n'a développé aucune stratégie pour empêcher l'entrée d'un rival¹⁴².

La loi Lurel offre également au gouvernement, avec l'article L. 410-3 du code de commerce, la possibilité de réguler les marchés de gros, de façon, dans l'esprit du ministre de l'Outre-mer, à permettre un fonctionnement plus concurrentiel des marchés aval. Néanmoins, les précisions apportées au cours des débats parlementaires sur la nature de cette intervention introduisent des références aux marges, à la non-discrimination tarifaire ou à la loyauté des transactions qui rappellent au contraire une certaine tradition réglementaire et semblent en dissonance avec les mesures favorisant l'accès aux marchés ou la gestion des facilités essentielles, qui sont aussi évoquées pour justifier cette régulation des marchés de gros. Nous nous en inquiétons avec Christian Montet et, à l'occasion de la révision des décrets réglementant les marchés de carburants dans les DOM, ce nouvel article du code de commerce a fait l'objet d'une première application que j'ai discutée dans la *Revue Lamy de la Concurrence*¹⁴³.

Si les marchés insulaires de carburants sont réglementés de longue date, ils ne l'étaient jusqu'alors que sur le fondement de l'article L. 410-2, qui prévoit des entorses au principe de liberté des prix. Mais, dès les événements de la fin de l'année 2008, cette régulation tarifaire avait été l'objet de vives critiques des ultramarins et l'Autorité de la concurrence, généralement hostile au contrôle des prix, proposait opportunément une réforme en profondeur du système de régulation des prix des carburants¹⁴⁴. Or, si la révision des décrets vient renforcer la recherche de transparence dans le processus de fixation des prix régulés, et autorise la séparation comptable des activités de stockage (en monopole) et de commercialisation (activité concurrentielle), l'on n'assiste pas non plus à une révolution de l'architecture de la régulation, l'encadrement des prix de détail restant assez largement au centre du système. On ne parvient pas à une séparation structurelle entre stockage et distribution, dont le Président Bruno Lasserre n'a d'ailleurs pas caché qu'elle était pour lui une finalité¹⁴⁵. A l'occasion d'un tout récent dossier réunionnais, l'Autorité a encore réaffirmé cette volonté¹⁴⁶.

Un dernier apport de la loi Lurel, que je voudrais aborder à ce stade, concerne les procédures d'urbanisme commercial. Il devient en effet possible, si une opération d'urbanisme commercial est susceptible de faire passer la part de marché d'un opérateur au-delà de 50 % de la zone de chalandise, de demander l'avis de l'Autorité de la concurrence lors du processus

¹⁴² Voir l'article déjà cité : « [Audition du président de l'Autorité de la concurrence : confirmation du dynamisme de l'action outre-mer et premiers effets de la loi REOM](#) ». Un communiqué de l'Autorité en date du 13 mai 2015 indique des négociations en cours avec des industriels pour parvenir à des engagements sur les exclusivités de distribution en outre-mer.

¹⁴³ Venayre F., 2014, « [Marchés de carburants dans les DOM : évolution de la réglementation et première application de l'article L. 410-3 du Code de commerce](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 39, Avril-Juin, pp. 142-148.

¹⁴⁴ Avis n° 09-A-21, *op. cit.*

¹⁴⁵ Voir : « [Audition du président de l'Autorité de la concurrence : confirmation du dynamisme de l'action outre-mer et premiers effets de la loi REOM](#) ».

¹⁴⁶ Décision n° 14-D-13 du 10 octobre 2014 relative à des pratiques alléguées par la commune de Saint-Leu. Voir : Venayre F., 2015, « [Marché des carburants : pas d'entente en Réunion, mais des questions en stock](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 42, Janvier-Mars, pp. 32-34. Un communiqué de l'Autorité du 13 mai 2015 revient à nouveau sur cette question à l'occasion d'une décision de contrôle des concentrations dans les produits pétroliers aux Antilles (décision n° 15-DCC-54, non encore rendue publique à l'heure de l'écriture de ces lignes).

d'autorisation préalable de construction de nouvelles surfaces commerciales. Nous notions, avec Christian Montet, qu'avant d'être facultative, cette demande d'avis était obligatoire dans le projet initial de la loi Lurel. Le nouvel article du code de commerce ainsi créé (L. 752-6-1) a depuis été utilisé pour la collectivité de Saint-Barthélemy, et cette application conduit me semble-t-il à d'intéressantes interrogations quant à l'avenir du contrôle *ex-ante* des opérations d'urbanisme commercial.

Dans un article récent¹⁴⁷, j'ai ainsi souligné que le système d'autorisation préalable d'implantation ou d'agrandissement ne s'était pas avéré satisfaisant et que l'Autorité avait à de nombreuses reprises indiqué qu'il participait à verrouiller les positions de marché des opérateurs en place, y compris dans les territoires insulaires¹⁴⁸. D'un autre côté, il est vrai que l'on peut observer, sur certains marchés locaux, des problèmes de concurrence liés à la prééminence d'un opérateur dans la zone de chalandise, ce qui peut rendre tentant le contrôle du développement des surfaces commerciales. Pour autant, les commissions d'urbanisme se doivent, en cohérence avec le droit européen¹⁴⁹, de prendre leurs décisions en dehors de tout fondement économique : seuls les critères d'aménagement du territoire et de développement durable peuvent être pris en compte. Cependant, dans le cas de certains outre-mer, la loi Lurel a permis aux commissions d'urbanisme de tenir compte de la « *puissance économique* » de l'opérateur en saisissant l'Autorité, ce qui constitue étonnamment une forme de dérogation aux principes juridiques européens alors même que les DOM sont pourtant des territoires de l'Europe à part entière¹⁵⁰. J'ai discuté dans mon travail de la pertinence de l'introduction, même indirecte, de critères économiques dans la procédure d'autorisation préalable d'implantation. La première application de cet article L. 752-6-1 est d'autant plus intéressante que l'Autorité s'était toujours montrée circonspecte quant à l'utilisation de critères économiques en matière d'urbanisme commercial et que, au titre de ce nouvel article, c'est elle-même qui aura en charge une éventuelle analyse économique de la situation du marché.

En premier lieu, l'analyse menée par l'Autorité semble adapter plus qu'à l'ordinaire les critères habituels d'étude des marchés de distribution à l'insularité de Saint-Barthélemy. Ainsi, tant la segmentation des commerces – un marché unique des commerces de proximité et des supermarchés est défini – que les zones de chalandise (ici sensiblement élargies) sont revues. L'Autorité tient également compte des flux touristiques spécifiques à l'île. Le dossier est donc abordé en tenant bien plus compte des aspects ultramarins que ne l'avait été le précédent que j'avais étudié¹⁵¹. Néanmoins, sur l'opportunité d'utiliser des critères économiques, l'Autorité reste très précautionneuse et conclut que l'agrandissement demandé par le distributeur ne

¹⁴⁷ Venayre F., 2014, « [Evolution du contrôle *ex-ante* de l'urbanisme commercial en outre-mer et prise en compte de critères économiques : l'enseignement de Saint-Barthélemy](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 41, Octobre-Décembre, pp. 73-81.

¹⁴⁸ Nous avons déjà étudié avec Christian Montet, dix ans plus tôt, les effets pervers historiques de l'urbanisme commercial français : « [Grande distribution française : faire confiance au marché ou céder à la tentation réglementaire ?](#) ».

¹⁴⁹ Destours S., 2014, « Impact concurrentiel d'un projet d'aménagement commercial », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 38, Janvier-Mars, pp. 103-105.

¹⁵⁰ En tant que régions ultrapériphériques (RUP) pour lesquelles le droit européen est directement applicable et par opposition aux pays et territoires d'outre-mer (PTOM), qui font l'objet d'un régime spécial d'association. Les COM relèvent de ce second statut, à l'exception toutefois de Saint-Martin, qui constitue également une RUP.

¹⁵¹ Voir le commentaire de l'article : « [Concentration dans la distribution alimentaire en Martinique : jusqu'où prendre en compte les spécificités ultramarines ?](#) ».

devrait pas être interdit au titre du risque concurrentiel, alors même que le magasin est déjà trois fois plus grand que ses concurrents directs et représente 40 % du marché, et qu'il deviendrait après l'opération six fois plus grand que ses concurrents, pour une part de marché globale de plus de 60 %.

Dans cette affaire, et en dépit d'un avis favorable de l'Autorité, la commission d'urbanisme s'est finalement opposée au projet. Mais ce qui est plus surprenant est qu'elle a notamment avancé des arguments économiques pour justifier son choix. Pourtant, cela ne relève pas de sa compétence et l'Autorité, qui elle est compétente en matière d'analyse économique, avait au contraire souligné l'absence de risque concurrentiel suffisant du projet. Ainsi, si l'introduction de critères économiques dans l'urbanisme commercial ne devait qu'être indirect, il semble que cette première application de l'article L. 752-6-1 conduise finalement à l'avenir à diriger plus sensiblement les procédures ultramarines d'aménagement commercial vers des considérations concurrentielles.

Il est à noter que, dans ses versions initiales, le projet de loi Macron¹⁵² comportait une extension de ce dispositif à la métropole, permettant ainsi au ministre chargé de l'économie, ou au représentant de l'Etat dans le département ou la région de consulter l'Autorité de la concurrence en matière d'urbanisme commercial. La mesure a cependant été supprimée lors des débats, mais moins pour une question de respect des règlements européens qu'au motif du respect de la libre administration des collectivités territoriales¹⁵³.

2.2.3. Vers une mutation des économies des collectivités du Pacifique Sud ?

Sous l'impulsion du politique au départ, puis avec le large relai de la volonté propre de l'Autorité, la situation concurrentielle des outre-mer à commencer à se mouvoir. De nouveaux territoires ont fait leur apparition dans les avis ou décisions de l'Autorité, comme Saint-Barthélemy ou Saint-Pierre-et-Miquelon, qui n'y avaient pas leur place précédemment. L'idée que nulle île ne saurait se tenir à l'écart du droit républicain fait son chemin et peut-être pourra-t-on en espérer à terme des modifications salutaires des comportements de certains agents économiques jusqu'ici peu vertueux.

Toutefois, ce mouvement a tenu à l'écart, dans une certaine mesure, les collectivités du Pacifique Sud, Nouvelle-Calédonie et Polynésie française, en raison de leur fort degré d'autonomie¹⁵⁴. Pour l'une comme l'autre, le droit métropolitain de la concurrence ne s'est jamais appliqué, elles se trouvent en dehors de la juridiction de l'Autorité de la concurrence, et

¹⁵² Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, adoptée le 10 juillet 2015.

¹⁵³ Voir le rapport du Sénat n° 370 du 25 mars 2015 établi par Mesdames Catherine Deroche, Dominique Estrosi Sassone et Monsieur François Pillet, Tome I, pp. 112-113.

¹⁵⁴ Ces autonomies ne sont cependant pas les mêmes, la Polynésie étant une COM tandis que la Calédonie jouit d'un statut propre de collectivité *sui generis*, régie par un titre spécifique de la Constitution.

elles n'avaient jamais adopté de réelles lois locales sur la question¹⁵⁵.

Cette marginalité des collectivités du Pacifique s'était fait ressentir dès la décision de mettre en place les Etats-généraux de l'outre-mer puisque ces derniers ne les concernaient initialement pas. La Polynésie a de son propre chef rallié le mouvement global des outre-mer, sous l'impulsion d'influences internes désireuses de changement. Les Calédoniens, en revanche, se sont tenus à l'écart du processus jusqu'à son terme.

Comme nous l'avons vu, la Polynésie, avec les Etats-généraux, a pu ouvrir les yeux sur une situation complexe et prendre – progressivement – conscience de la nécessité d'adopter des réformes structurelles. Si ces dernières avancent doucement, on peut cela dit espérer qu'un mouvement de long terme soit enfin lancé, bien qu'il reste encore tant de chemin à parcourir que les conditions structurelles d'une amélioration de l'économie polynésienne sont encore loin d'être réunies. La Nouvelle-Calédonie a mis plus de temps à réaliser que son organisation économique, également très interventionniste et protectionniste, mais aussi très inégalitaire et faisant la part belle aux leaders de marché, générerait des dysfonctionnements susceptibles de la conduire à terme dans une crise de structure aussi inquiétante que celle vécue par les Polynésiens¹⁵⁶.

La loi Lurel, pour les mêmes raisons d'autonomie, reste inapplicable dans les deux territoires. Quoi qu'il en soit, les innombrables discussions, informations et communications sur la situation concurrentielle des outre-mer français ont rendu la position des deux territoires de plus en plus fragile. Plus la nécessité d'œuvrer au développement de la concurrence ultramarine se faisait jour, plus la situation archaïque de l'absence d'un droit de la concurrence en Calédonie et Polynésie devenait anachronique. Ainsi, comme nous l'avons vu, la Polynésie a finalement adopté sa propre loi sur la concurrence, dont la mise en application s'effectue en ce moment même, avec néanmoins des lenteurs quelquefois désespérantes. Je ne reviendrai pas sur cette question déjà largement abordée dans un précédent point, mais je voudrais ici m'intéresser plus avant au cas calédonien.

La Nouvelle-Calédonie a eu une démarche originale et courageuse. Début 2012, le gouvernement a pris attache avec l'Autorité de la concurrence pour lui déléguer une forme d'audit de son système économique. La mission de l'Autorité a conduit à la production de deux rapports particulièrement riches, l'un sur les mécanismes d'importation et de distribution, à l'image de ce qui avait été fait pour les DOM en 2009, et l'autre portant plus

¹⁵⁵ Par lois locales, j'entends ici les « lois du pays ». Toutefois, si la Calédonie et la Polynésie peuvent toutes les deux voter des lois du pays, ces dernières n'ont en revanche pas la même valeur dans les deux collectivités. Alors qu'à Tahiti, les lois du pays ne sont comme je l'ai déjà dit que des actes administratifs – et relèvent d'ailleurs à ce titre du Conseil d'Etat –, les lois du pays calédoniennes sont à l'inverse de véritables actes législatifs. Le Congrès calédonien est donc l'un des législateurs de la République, qui en compte donc étonnamment plusieurs. Par souci de simplicité (mais également par abus de langage), j'emploie cela dit souvent l'adjectif « législatif », ou le raccourci de « loi » lorsque je parle de la situation polynésienne.

¹⁵⁶ C'est à ce titre que le Congrès de Nouvelle-Calédonie m'a invité en avril 2014 dans le cadre d'une mission visant à établir les liens entre les deux collectivités et pointer les réformes susceptibles d'améliorer à terme le fonctionnement des marchés calédoniens.

spécifiquement sur les structures de contrôle¹⁵⁷. Avec Christian Montet, ces rapports nous ont paru mériter un regard particulier¹⁵⁸.

Compte tenu du statut de la Calédonie, les rapports de l'Autorité ne peuvent avoir qu'une forme de conseil ou de recommandation. De ce point de vue, l'Autorité avançait en douceur, très diplomatiquement, et faisant preuve de beaucoup de pédagogie en direction des autorités calédoniennes. Mais les directions prises étaient tout de même claires et les critiques du protectionnisme, de la réglementation et du contrôle des prix y étaient réelles¹⁵⁹. En outre, la qualité de l'analyse menée par l'Autorité, alors même que le territoire calédonien échappe par nature à son domaine de compétence, montre la pertinence d'un recours à une expertise de l'Autorité dans tous les territoires désireux de construire un droit de la concurrence moderne et efficace. Concernant la Polynésie, nous aurions aimé qu'une telle démarche ait pu également voir le jour. Les rapports soulignaient également les inefficacités d'un contrôle de prix pour tenter de juguler les éventuels pouvoirs de marché excessifs qui peuvent être rencontrés sur certains marchés¹⁶⁰.

Au-delà de ces premiers points faisant le constat de la situation actuelle, l'Autorité s'intéressait également à la construction potentielle d'un nouveau système. A cette occasion, elle découvrait d'ailleurs un problème que nous avons déjà identifié dans le cas polynésien. Le statut calédonien ne permettait en effet pas non plus la création d'une véritable autorité administrative indépendante, dotée de tous les pouvoirs d'enquête et de sanction indispensables à la pleine réalisation de sa mission¹⁶¹. Sous la réserve de la levée de ce frein juridique, l'Autorité rappelait alors les principes fondamentaux d'un droit de la concurrence complet et efficace.

Nous espérons que ces rapports ne finissent pas leurs jours sans avoir pu connaître une application réelle sous la forme de la construction d'un droit de la concurrence calédonien, et c'est ce qu'il est heureusement advenu, tout au moins partiellement. En avril 2014, la Nouvelle-Calédonie s'est en effet dotée d'un texte sur la concurrence, prenant ainsi de vitesse de deux mois la Polynésie française. Cependant, dans les deux cas, une année plus tard, les autorités de concurrence ne sont pas encore nommées et les droits ne sont pas encore appliqués. Il faut espérer que les retards pris dans les promulgations des lois ou les nominations des autorités ne soient pas les révélateurs de doutes plus profonds quant à l'opportunité de ces textes sur la concurrence, mais l'on sait les lobbies à l'œuvre sur la question.

¹⁵⁷ Rapport relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie, Rapporteurs : T. Decruyenaere et P. Sauze ; et Rapport relatif aux structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie, Rapporteur : G. Wibaux, tous deux datés du 21 septembre 2012.

¹⁵⁸ Montet C. et Venayre F., 2013, « [Audit du système économique de Nouvelle-Calédonie : Plaidoyer pour un droit de la concurrence moderne et efficace](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 36, Juillet-Septembre, pp. 164-170.

¹⁵⁹ Voir également, pour des critiques similaires : Wasmer E. et David Q., 2012, *Rapport sur la situation économique de la Nouvelle-Calédonie*, Août.

¹⁶⁰ Pour une présentation historique de la position de l'Autorité en matière de contrôle des prix, on pourra voir la première partie de l'article déjà cité : « [Marchés de carburants dans les DOM : évolution de la réglementation et première application de l'article L. 410-3 du Code de commerce](#) »

¹⁶¹ Une révision de la loi organique définissant le statut de la Nouvelle-Calédonie (n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie) a depuis été opérée le 15 novembre 2013, résolvant tout comme à Tahiti cette question.

Si le texte calédonien s'inspire évidemment largement du texte français, mais aussi des apports de la loi Lurel, il s'en différencie également sur un certain nombre de points sensibles. Dans un assez long article publié dans la *Revue Juridique, Politique et Economique de Nouvelle-Calédonie*, j'ai souhaité faire un point précis sur le contenu du nouveau droit calédonien¹⁶². Il ressort de cette étude que si les vecteurs de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles sont identiques à ceux du droit français, le contrôle *a priori* des concentrations connaît un renforcement important, à la fois avec un abaissement des seuils de contrôlabilité, qui deviennent très faibles, mais aussi en ne retenant que l'unique critère du chiffre d'affaires cumulé. Etant à l'époque des débats sur le territoire calédonien à l'occasion de la mission dont j'ai fait état plus haut, je me suis fait expliquer ce choix – qui n'est pas un oubli. Il s'agissait pour le législateur d'autoriser le contrôle de toute opération de rachat, quel que soit son montant monétaire, en dépit du risque de voir l'autorité calédonienne encombrée par l'étude inutile d'opérations négligeables. Pour la première fois, le texte calédonien prévoit aussi la création d'une AAI territoriale, ce qui constitue une petite révolution en matière de droit public¹⁶³. Mon article se proposait aussi de discuter des contraintes mises par le texte calédonien pour tenter d'assurer indépendance et compétence de cette autorité locale.

L'article ambitionnait enfin d'effectuer une analyse critique des deux plus grandes innovations du droit calédonien de la concurrence. La première est une sensible modification des procédures d'urbanisme commercial. Le législateur a d'abord souhaité abaisser drastiquement le seuil de contrôle, puisque les opérations doivent être déclarées dès 350 m². Même si ce seuil est étonnamment faible, il ne modifie pas en profondeur la conception générale de l'urbanisme commercial. En revanche, et de façon plus surprenante, les Calédoniens ont fait le choix de confier à leur seule autorité de concurrence le soin d'examiner ces opérations d'implantation commerciale. Ainsi, il n'est plus question de passer par une commission d'urbanisme *ad hoc* et les seuls déterminants explicites de l'autorisation sont maintenant des critères économiques. En cela, les Calédoniens sont allés bien plus loin que ne l'avait fait la loi Lurel avec l'introduction de l'article L. 752-6-1 dont il a déjà été question. La seconde innovation du droit calédonien consiste en une reprise de l'injonction structurelle créée par la loi Lurel, mais en durcissant encore ses modalités d'application, choix sur lequel la troisième partie de ce mémoire va revenir.

Alors même que les statuts très autonomes des collectivités du Pacifique les tiennent mécaniquement à l'écart des évolutions du droit, fût-il appliqué aux seuls outre-mer, elles n'ont donc pu s'abstraire totalement du mouvement qui anime les économies insulaires françaises. La prise de conscience qu'une action ultramarine réelle est devenue indispensable est si forte que Calédonie et Polynésie se trouvent entraînées dans le sillage de la volonté de réforme. Les réticences locales sont pourtant très fortes – à hauteur des privilèges historiques des tenants du système actuel – et il reste à espérer que les réformes en cours iront jusqu'au bout de la logique souhaitée, en évitant les nombreux pièges qui les rendraient inopérantes.

¹⁶² Venayre F., 2014, « [Création d'un droit de la concurrence calédonien innovant et coercitif](#) », *Revue Juridique, Politique et Economique de la Nouvelle-Calédonie*, Vol. 24, pp. 29-40.

¹⁶³ Menuret J.-J., 2014, « Bientôt des autorités administratives indépendantes (AAI) territoriales », *La Semaine Juridique*, édition Administrations et collectivités territoriales, n° 20, 19 Mai, pp. 21-26.

3. Recherches actuelles et à venir

Il est toujours un peu complexe de tenter de savoir de quoi demain sera fait. La vie, et pas uniquement professionnelle, est faite de rebonds, de décisions par ricochets et d'opportunités qui nous mènent sur des sentiers divers, aux balises parfois incertaines. L'activité de recherche n'échappe pas à ce processus : une idée en amène une autre, une question voit sa réponse se heurter à une nouvelle question, une lecture en déclenche dix, et l'on se retrouve souvent à défricher des parcelles connexes à celle initialement cultivée, au besoin ou à l'envie. Puisque je commençais ce mémoire en citant un historien proche, et que cette troisième partie en est la clôture, qu'il me soit permis ici de référer au même universitaire, qui écrivait – toujours dans son propre mémoire d'habilitation – qu'« *on sait depuis Montaigne l'intérêt du cheminement à saut et à gambades – et depuis Rimbaud que les illuminations ont quelque chose à voir avec la fugue* »¹⁶⁴.

Ainsi, par le passé, mes recherches ont pu être réorientées par les circonstances. Au choix surprenant d'une mutation au bout du monde, assez peu dicté par des considérations professionnelles d'ailleurs, se sont succédé des événements sociaux éliens et des décisions politiques lourdes de conséquences, qui ont spontanément modifié mes centres d'intérêts. Cela ne s'est pourtant pas opéré sans une certaine continuité. Comme j'ai essayé de le mettre en exergue dans les parties précédentes de ce mémoire, mes travaux s'inscrivent je crois dans une cohérence globale, et si l'outre-mer constitue désormais une part importante de ma réflexion, c'est aussi qu'il est le reflet actuel de problématiques plus générales, en même temps qu'un laboratoire pour les évolutions à venir de la politique de concurrence française.

Les mécanismes enclenchés outre-mer vont très certainement se poursuivre et mériteront une attention soutenue. Les premières actions des autorités de concurrence des territoires du Pacifique éclaireront sur le devenir de ces droits locaux. Les potentialités offertes par la loi Lurel sont loin d'avoir été pleinement exploitées et sont comme nous l'avons vu susceptibles d'infléchir encore les options de l'Autorité de la concurrence, qui dessinera alors progressivement les contours du droit ultramarin, et même au-delà comme l'ont montré les discussions liées à l'adoption de la loi Macron. Les réflexions entamées avec Christian Montet sur la construction des droits de la concurrence dans les Etats insulaires du Pacifique¹⁶⁵ et sur les dysfonctionnements de la régulation des industries de réseaux à Tahiti¹⁶⁶ vont également se poursuivre. A l'occasion du colloque GDI-PIPSA¹⁶⁷ de l'année dernière, nous avons présenté de premières analyses sur ces questions, tirant pour les collectivités françaises du Pacifique des enseignements des développements des pays voisins, et notamment de Fidji ou de la

¹⁶⁴ Venayre S., 2012, *op. cit.*, p. 70.

¹⁶⁵ « [Politique de la concurrence dans les petits pays insulaires : Le rapport pour le Forum du Pacifique](#) ».

¹⁶⁶ [La concurrence à Tahiti : Une utopie ?](#), chapitre 10.

¹⁶⁷ Montet C. and Venayre F., 2014, "Regulation of Competition in Pacific Islands: Comparative Analysis", *GDI-PIPSA Conference "Political, Economic and Legal Governance in Pacific States and Territories"*, Tahiti, 3-5 June.

Papouasie-Nouvelle-Guinée¹⁶⁸. Les débats autour de la décentralisation – ou de l'autonomie – en faveur des collectivités territoriales d'outre-mer, départements inclus, conduiront sans doute à des aménagements territoriaux, dans le domaine de la concurrence comme dans d'autres. Des distinctions en résulteront, selon les îles, et la politique de concurrence pourrait s'en trouver multiforme, les grilles d'analyse différenciées. Des travaux seront à mener sur l'opportunité de droits « aménagés », sur le bien-fondé de la prise en compte de spécificités locales, sur les nécessaires limites à opposer à ces caractéristiques propres pour conserver un caractère d'universalité qui permette l'articulation des enseignements de la théorie économique et la pleine efficacité du droit.

Tous ces aspects vont immanquablement continuer à alimenter mes recherches, qui évolueront ainsi au gré des nouveaux enseignements, du butinage pas toujours rationnel des travaux de mes pairs, des vicissitudes dictées par le temps politique, de la richesse des échanges avec certains de mes collègues et d'influences diverses qui me sont sans doute encore inconnues. Il n'est donc pas aisé de préciser la nature exacte de mes travaux à venir, dont le contenu sera partiellement dicté par un ensemble de critères restant en devenir. Tout comme la vie a conduit mon intérêt vers l'outre-mer, pour des raisons complémentaires qui pourraient tenir de la conjonction astrale favorable, je serai indubitablement amené à m'adapter aux circonstances.

Je peux cependant préciser mes interrogations actuelles et le travail entamé pour tenter d'y apporter des éléments de réponse. Une des modifications sensibles apportées par la loi Lurel au droit des outre-mer a été celle de la recomposition de la notion d'injonction structurelle et la très récente loi Macron a concrétisé l'envie d'en importer le dispositif à la métropole, en dépit de l'absence de recul dont on dispose pour l'instant. Autour de ces nouvelles injonctions, un certain nombre de questions se posent, qui s'articulent avec mes centres d'intérêt initiaux et constituent mon projet de recherche immédiat¹⁶⁹. Ainsi, est-il souhaitable d'incriminer la position dominante d'une entreprise en dehors du cadre des pratiques anticoncurrentielles ? (3.1.) ; doit-on définir – et comment le faire – une forme d'infraction basée sur des prix ou des marges élevés ? (3.2.) ; quelle efficacité peut-on attendre des injonctions structurelles pour résoudre la question des problèmes de structure de marché ? (3.3.) ; n'assiste-t-on pas à une nouvelle forme de régulation des comportements qui déplace vers l'amont la répression des pratiques anticoncurrentielles ? (3.4.).

¹⁶⁸ Sur la question, voir par exemple : Briguglio L., 2011, "Competition Law and Policy in Small States, with Special Reference to the Small States of the European Union", Presentation prepared for the Workshop on Competition Law and Policy in Pacific Small States, organized by the Small States Network for Economic Development, Samoa ; Manoka B. and Reddy M., 2012, "Issues and Challenges in Developing an Effective Agency for Competition Law Enforcement", Conference Presentation, ICCC, PNG and FNU, Fiji ; Reddy M., 2013, "Competition Policy and Principled Approach to Regulation in Small Economies: Some Challenges and Impediments", FNU, Working Papers Series n° 6/13, Suva, Fiji ; Reddy M., 2013, "Competition Economics, Policy and Law in a Small Economy: Does It Apply Equally to the Government?", FNU, Working Paper Series, n° 7/13, Suva, Fiji ; Wasina A., 2004, "Competition Law and Independent Consumer and Competition Commission in Papua New Guinea", Presentation at the 4th APEC Training Course on Competition Policy, 3-5th August, Ho Chi Minh, Vietnam.

¹⁶⁹ De premiers résultats ont été présentés lors du séminaire du GREDEG à l'Université de Nice Sophia-Antipolis le 18 décembre 2014. Je profite de cette évocation pour remercier chaleureusement les participants du séminaire pour leur accueil convivial et la qualité de leurs remarques, et notamment (que les autres me pardonnent de ne pas les citer tous) : Patrice Bougette, Olivier Bruno, Marc Deschamps, Frédéric Marty et Patrice Reis.

3.1. Quel lien entre position dominante et pratiques anticoncurrentielles ?

Le droit de la concurrence français prévoit, depuis sa création et avec l'actuel article L. 430-9 du code de commerce¹⁷⁰, un dispositif permettant de déconcentrer un marché, soit en recourant au démantèlement d'une entreprise, soit par le biais d'une cession d'actifs, cette seconde solution étant souvent préférable en raison du coût important généré par les démantèlements¹⁷¹. En raison de l'insécurité juridique qu'une telle mesure présente, le texte prévoit néanmoins que cette injonction de déconcentration ne peut survenir qu'en cas d'atteinte manifeste au droit des pratiques anticoncurrentielles. Cette mesure n'a cependant connu aucune application durant longtemps et sa première utilisation s'est soldée par un résultat pour le moins peu probant¹⁷². L'existence d'un mécanisme de contrôle *ex-post* des concentrations, couplé avec un système *ex-ante* de notifications préalables, présente pour autant un certain nombre d'intérêts pour renforcer l'efficacité globale du contrôle des concentrations¹⁷³.

Le libellé de l'article L. 430-9 circonscrit le dispositif de cession d'actifs à des cas d'analyse pour lesquels des opérations de croissance externe ont été préalablement réalisées¹⁷⁴. C'est une difficulté qui prend notamment son sens en matière de distribution, à supposer que des positions dominantes locales sur certaines zones de chalandise aient pu se constituer par exemple par croissance interne des entreprises. A cet égard, le Conseil de la concurrence avait souligné, dès 2007, qu'il serait opportun de le doter d'une telle possibilité d'action structurelle, déconnectée du contrôle des concentrations à proprement parler, pour agir sur le secteur de la distribution¹⁷⁵. Le Conseil avait d'ailleurs été entendu par la Commission pour la libération de la croissance française, qui concluait sur ce sujet : « *il ne paraît pas justifié de limiter l'intervention du Conseil aux abus de position dominante résultant d'opérations de concentration [...] la possibilité d'intervention [...] doit s'étendre à tous les abus de position dominante, quelle que soit leur origine* »¹⁷⁶.

L'adoption de la LME¹⁷⁷ fût l'occasion d'introduire cette nouvelle mesure en droit français, en complément plutôt qu'en réécriture de l'article L. 430-9, avec l'article L. 752-26 du code de commerce. Cette introduction de la possibilité d'une « injonction structurelle » en

¹⁷⁰ Il s'agissait à l'origine de l'article 43 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence. Si la décision finale appartenait historiquement au ministre de l'économie, elle relève maintenant de l'Autorité de la concurrence elle-même.

¹⁷¹ Souam S., 2000, « L'efficacité préventive des décisions en matière de concentration », *Petites Affiches*, n° 259, pp. 16-20.

¹⁷² Elle concerne le marché de l'eau en 2002 (décision n° 02-D-44 du Conseil de la concurrence du 11 juillet 2002 relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement, notamment en ce qui concerne la mise en commun des moyens pour répondre à des appels à la concurrence). Voir : Montet C. et Sélin V., 2002, *op. cit.* ; Sélin V., 2004, « Le contrôle *a posteriori* des concentrations en France : Des procédures interminables pour quelle issue ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 1, Novembre, pp. 15-16.

¹⁷³ Bougette P. et Venayre F., 2008, [Contrôles *a priori* et *a posteriori* des concentrations : comment augmenter l'efficacité des politiques de concurrence ?](#), *op. cit.*

¹⁷⁴ Idot L. et Lemaire C., 2009, « Le nouveau visage de la régulation de la concurrence en France. L'Autorité de la concurrence entre deux Europe », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 12, Mars.

¹⁷⁵ Avis n° 07-A-12 du 11 octobre 2007 relatif à la législation relative à l'équipement commercial, point 114.

¹⁷⁶ Attali J., 2008, *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française : 300 décisions pour changer la France*, XO éditions, La Documentation française, Janvier, décision 207.

¹⁷⁷ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

matière de commerce de détail n'avait, à l'époque, pas rencontré d'hostilité particulière. Sans doute cela était-il dû au fait que ce nouveau pouvoir de l'autorité de concurrence était sévèrement borné : l'entreprise en cause devait tout d'abord commettre un abus, et cet abus devait ensuite perdurer en dépit d'une injonction ou d'une sanction. Alors, seulement, une injonction de céder des « surfaces »¹⁷⁸ pouvait être prononcée, si elle constituait le seul moyen de garantir une concurrence effective dans la zone de chalandise concernée.

L'Autorité de la concurrence a rapidement jugé cet outil « *quasiment inapplicable en pratique* » puisqu'il implique qu'un opérateur poursuive son abus après une première condamnation, ce qui constituerait des cas « *a priori extrêmement rares* »¹⁷⁹. Cette critique s'est faite plus précise au cours de l'année 2012, tant à l'occasion de l'avis sur la distribution à Paris¹⁸⁰, qu'à celle du rapport remis au gouvernement calédonien¹⁸¹, l'Autorité suggérant la mise en place d'un pouvoir d'injonction structurelle applicable en cas de simple position dominante, sans qu'un abus préalable ne soit commis, de façon à le rendre plus opérationnel. Le vote de la loi Lurel, en novembre de la même année, a été pour l'Autorité l'occasion d'être entendue, mais uniquement dans le cas des outre-mer¹⁸². L'article L. 752-27 ainsi introduit dans le code de commerce ouvre en effet la possibilité de contraindre des entreprises à céder des actifs dans le cas de positions dominantes soulevant des problèmes de concurrence, pour le secteur du commerce de détail¹⁸³.

Notons que la loi Macron vient de modifier légèrement le libellé de cet article L. 752-27, en supprimant notamment la référence aux « préoccupations de concurrence », qui avaient souvent attiré la critique et en détaillant un peu plus le processus d'échange entre l'Autorité de la concurrence et l'entreprise incriminée. Sur le fond, en revanche, les conditions et modalités de déclenchement de la nouvelle procédure d'injonction structurelle restent inchangées. Bien au contraire, la loi Macron a souhaité étendre ce dispositif à la métropole, par modification de l'article L. 752-26, en lui adjoignant comme condition subsidiaire la détention d'une part de marché supérieure à 50 %.

Ce nouveau pouvoir d'injonction structurelle, qui n'impose plus l'abus, pose tout d'abord deux questions : celle de la caractérisation, dans un contexte ultramarin, de la position dominante (3.1.1.) et celle de la légitimité d'une sanction sans abus de la position dominante (3.1.2.).

¹⁷⁸ Le terme de surfaces sera remplacé par celui d'actifs à la faveur de la loi Lurel, certains groupes n'étant pas toujours propriétaires de leurs surfaces commerciales.

¹⁷⁹ Rapport annuel 2010 de l'Autorité de la concurrence, p. 138 pour les deux citations.

¹⁸⁰ Avis n° 12-A-01 de l'Autorité de la concurrence du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris.

¹⁸¹ Rapport de l'Autorité de la concurrence relatif aux structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie, *op. cit.*

¹⁸² Au moment du vote de la loi Lurel, l'application de l'article L. 752-27 excluait les trois collectivités du Pacifique. Depuis, l'article a été étendu à Wallis-et-Futuna par l'ordonnance n° 2014-487 du 15 mai 2014 portant extension et adaptation aux îles Wallis et Futuna de dispositions du code de commerce. La Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française restent cependant en dehors du champ d'application de cet article, en raison, comme nous l'avons vu, d'importants degrés d'autonomie. Leurs jeunes droits respectifs prévoient malgré tout également un pouvoir d'injonction structurelle.

¹⁸³ Qui répond cependant à une définition assez large. Voir les lignes directrices relatives au contrôle des concentrations du 10 juillet 2013, point 80.

3.1.1. Caractérisation de la position dominante et contexte ultramarin

L'existence d'une position dominante étant le premier déclencheur du pouvoir d'injonction structurelle, les critères qui conduiront à sa détermination joueront donc un rôle clef : définition du marché pertinent, calcul des parts de marché et appréhension des barrières à l'entrée. Ces aspects sont susceptibles, comme nous l'avons vu à l'occasion de publications antérieures, de prendre des connotations particulières pour les territoires ultramarins.

En matière de distribution, la définition des zones de chalandise s'effectue ainsi traditionnellement à partir du temps de déplacement des consommateurs, lui-même dépendant du type de commerce définissant le marché pertinent (commerces de proximité, supermarchés, hypermarchés...) ¹⁸⁴. *A priori*, ces différentes formes de commerce, ne sont donc pas considérées comme étant substituables entre elles, bien que l'Autorité ait à plusieurs reprises reconnu une certaine forme de porosité entre les catégories, particulièrement aux abords des seuils de surface permettant de les distinguer ¹⁸⁵.

Appliquée aux outre-mer, cette grille d'analyse pourrait cependant s'avérer partiellement inadaptée, les porosités entre les formes de commerce pouvant être plus importantes qu'en métropole, notamment en raison de l'absence de très grands formats de distribution, de circuits d'approvisionnement transitant par des importateurs locaux, ou du fait de la réglementation des prix dans certains territoires. De même, le faible maillage des réseaux routiers, son impact sur les déplacements domicile-travail, modifient la perception des distances ou l'accessibilité de certains points de vente et peuvent conduire à reconsidérer les temps de trajet nécessaires à la définition des zones de chalandise. L'influence de la fréquentation touristique, parfois très marquée à l'échelle de l'île, et les caractéristiques de sa localisation semblent de même plaider en faveur d'un aménagement des critères métropolitains ¹⁸⁶.

La pratique récente de l'Autorité dans les territoires ultramarins semble donner une préférence à des marchés couvrant toute l'île ¹⁸⁷, particulièrement, en toute logique, si celle-ci est d'une taille réduite comme dans le cas de Saint-Barthélemy ¹⁸⁸. Mais les analyses de l'Autorité font également parfois référence à des zones de chalandise spécifiques comme par

¹⁸⁴ Avis n° 96-A-11 du 10 septembre 1996 relatif à la prise de participation suivie d'une offre publique d'achat du capital de la société Docks de France, réalisée par la société Auchan.

¹⁸⁵ Avis n° 00-A-06 du 3 mai 2000 relatif à l'acquisition par la société Carrefour de la société Promodès et décisions n° 10-D-08 du 3 mars 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité et n° 13-DCC-90 du 11 juillet 2013 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Monoprix par la société Guichard-Perrachon.

¹⁸⁶ Ces préoccupations font suite à des réflexions déjà entamées dans mes articles suivants : « [Concentration dans la distribution alimentaire en Martinique : jusqu'où prendre en compte les spécificités ultramarines ?](#) » et « [Evolution du contrôle ex-ante de l'urbanisme commercial en outre-mer et prise en compte de critères économiques : l'enseignement de Saint-Barthélemy](#) ».

¹⁸⁷ Comert M. et Nasser el Dine-Pomar S., 2013, « De nouvelles dispositions procédurales en matière de concurrence », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 3, Mars.

¹⁸⁸ Avis n° 13-A-20 du 7 novembre 2013 relatif au projet d'agrandissement du principal magasin alimentaire de Saint-Barthélemy.

exemple l'Ouest de l'île de la Réunion et Pointe-à-Pitre à la Guadeloupe¹⁸⁹, ou encore la zone du Grand Nouméa en Nouvelle-Calédonie¹⁹⁰.

Alors que le pouvoir d'injonction structurelle métropolitain (article L. 752-26) visait explicitement le rétablissement d'une concurrence effective dans la zone de chalandise concernée, sa nouvelle version ultramarine (article L. 752-27) a supprimé la référence explicite à cette notion de zone de chalandise, ce que l'on pourrait interpréter comme une incitation à considérer l'intégralité de chacun des territoires d'outre-mer. Il semble que l'Autorité fasse généralement sienne cette conception, mais qu'elle puisse également, le cas échéant, s'en éloigner. En toute hypothèse, une analyse spécifique de chaque territoire s'imposera et, le cas échéant, des adaptations à préciser de la norme métropolitaine pourraient s'avérer utiles.

Cette réflexion sur la définition des contours des marchés ultramarins de distribution et des critères permettant de cerner leurs zones de chalandise renvoie aux interrogations plus générales sur la délimitation des marchés pertinents. Le test du monopoleur hypothétique¹⁹¹, introduit dès 1982 par les autorités américaines dans le cadre du contrôle des concentrations, s'est imposé progressivement comme une « *indispensable* » première étape dans l'analyse d'un dossier de concurrence¹⁹². On sait cependant que la détermination du marché pertinent par l'utilisation d'élasticités croisées peut ne pas s'avérer robuste¹⁹³, de même que des incohérences peuvent également apparaître en cas d'évolution technologique¹⁹⁴. Des approches complémentaires sont ainsi possibles en étudiant non plus directement le périmètre du marché, mais la capacité des entreprises à utiliser leur pouvoir de marché pour réaliser des augmentations tarifaires. Fondés sur la notion de ratio de diversion, qui mesure le report de demande entre deux produits¹⁹⁵, ces tests permettent de définir les incitations à la hausse des prix des opérateurs¹⁹⁶ et pourraient s'avérer pertinents pour évaluer les risques tarifaires liés aux situations de rentes ultramarines.

Une fois le marché clairement défini, les modalités de calcul des parts de marché sont également particulièrement importantes puisque la démonstration d'une position dominante implique l'existence de parts de marché suffisamment élevées ; à l'inverse, on ne peut invoquer la position dominante¹⁹⁷. Ainsi, par exemple on ne saurait invoquer de dominance au plan

¹⁸⁹ Avis sur les mécanismes d'importation et de distribution dans les DOM, *op.cit.*, point 80.

¹⁹⁰ Rapport sur les mécanismes d'importation et de distribution en Nouvelle-Calédonie, *op. cit.*, point 143.

¹⁹¹ Ou test SSNIP (*small but significant and non transitory increase in prices*), qui consiste à déterminer le plus petit groupe de biens pour lequel une augmentation tarifaire modérée serait de nature à accroître les profits d'un monopoleur.

¹⁹² Charpin A., 2013, « L'indispensable test du monopoleur hypothétique », *Economic Focus*, Microeconomix, Mai.

¹⁹³ Philippe J., 1998, « La mesure du marché pertinent », *Revue Française d'Economie*, Vol. 13(4), pp. 125-159.

¹⁹⁴ Lesquins J.-L., 1994, « Innovation et délimitation du marché pertinent », *Revue d'Economie Industrielle*, Vol. 70, pp. 7-15.

¹⁹⁵ Shapiro C., 1996, "Mergers with Differentiated Products", *Antitrust*, Spring, pp. 23-30. Voir également : Werden G., 1998, "Demand Elasticities in Antitrust Analysis", *Antitrust Law Journal*, Vol. 66(2), pp. 363-414.

¹⁹⁶ Salop S. and Moresi S., 2009, "Updating the Merger Guidelines: Comments", Horizontal Merger Guidelines Review Project, November 2009 ; Farrell J. and Shapiro C., 1990, "Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition", *The B.E. Journal of Theoretical Economics*, Vol. 10(1), Article 9. Pour une présentation synthétique de ces tests, voir : Flochel L., 2011, « Contrôle des concentrations horizontales : Les tests UPP, GUPPI et IPR », *Concurrences*, n° 1-2011, pp. 30-36.

¹⁹⁷ Décisions n° 10-D-37 du 17 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la cétirizine en comprimés et n° 12-D-20 du 12 octobre 2012 relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'optique-lunetterie de détail à La Réunion.

national dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire : le CR₄ – somme des parts de marché des quatre premiers opérateurs – est de 65 %¹⁹⁸, aucun groupe n’ayant plus de 30 % de parts de marché¹⁹⁹. Mais, les marchés ayant en l’espèce une dimension locale, il devient alors possible de caractériser nombre de positions dominantes, certaines zones de chalandise ne comprenant qu’un ou deux opérateurs seulement²⁰⁰.

En règle générale, les parts de marché des entreprises sont calculées à partir de données de chiffres d’affaires. Cependant, il est usuel, pour le commerce de détail, de les calculer en surfaces de magasins « *en plus ou à défaut des parts de marché en valeur* », mais en les complétant alors par une indication des chiffres d’affaires moyens par m²²⁰¹. Pour l’outre-mer, les analyses sectorielles menées par l’Autorité de la concurrence semblent privilégier une appréciation en termes de surfaces de vente²⁰², sans exclure totalement de soumettre ces premiers résultats à une confrontation avec un calcul en termes de chiffres d’affaires²⁰³. Le cas polynésien montre en effet que les évaluations en surfaces de vente ou en chiffres d’affaires peuvent conduire à des parts marché sensiblement différentes²⁰⁴.

Les caractéristiques de la distribution en outre-mer invitent à d’autres interrogations sur le calcul des parts de marché. Si l’on accepte en effet qu’il y ait des porosités plus importantes entre les formes de distribution, peut-être sera-t-il nécessaire de tenir également compte de la composition des linéaires. En effet, les opérateurs de taille plus modeste n’offrent souvent qu’un achalandage non alimentaire très faible. Un calcul global, réalisé sur l’ensemble des rayons, pourrait donc conduire à surestimer la réalité des parts de marché des opérateurs plus importants, tant en chiffre d’affaires qu’en surfaces commerciales.

Enfin, l’Autorité a précisé, à de nombreuses reprises, que la position dominante était « *la situation dans laquelle une entreprise est susceptible de s’abstraire des conditions du marché et d’agir à peu près librement sans tenir compte du comportement et de la création de ses concurrents* »²⁰⁵. La simple prise en compte de parts de marché élevées ne saurait donc caractériser à elle seule l’existence d’une position dominante et il convient de prendre en compte d’autres éléments comme les barrières à l’entrée sur le marché²⁰⁶, qui présentent un intérêt tout particulier dans la distribution, et plus encore en outre-mer.

Tout d’abord, les nombreuses réglementations qui se sont succédé en matière d’aménagement commercial ont renforcé considérablement les difficultés d’implantation ou

¹⁹⁸ Pfister E., 2011, « Concentration et concurrence dans la distribution à dominante alimentaire », *Concurrences*, n° 4-2011, pp. 22-25.

¹⁹⁹ Reis P., 2014, « L’accès au marché des fournisseurs face au développement des marques de distributeurs », *Contrats Concurrence Consommation*, Vol. 4, Avril.

²⁰⁰ Perrot A., 2012, « Concurrence et distribution : Le droit de la concurrence permet-il d’appréhender les comportements de la grande distribution. Introduction », *Concurrences*, n° 2-2012, pp. 1-3.

²⁰¹ Lignes directrices du contrôle des concentrations, point 185. Voir notamment l’avis sur la distribution à Paris, (points 112 à 117)

²⁰² Avis n° 09-A-45, *op. cit.*, point 80 ; ou Rapport sur les mécanismes d’importation et de distribution en Nouvelle-Calédonie, *op. cit.*, point 143.

²⁰³ Rapport sur les mécanismes d’importation et de distribution en Nouvelle-Calédonie, *op. cit.*, point 144. Mais il faut noter que les résultats numériques de cette analyse en chiffres d’affaires ne sont pas fournis.

²⁰⁴ *La concurrence à Tahiti : Une utopie ?*, chapitre 9.

²⁰⁵ Voir par exemple son rapport annuel 2010, p. 239.

²⁰⁶ Décision n° 14-D-08 du 24 juillet 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de produits laitiers frais aux Antilles françaises, point 162.

d'extension des surfaces existantes pour les enseignes de la grande distribution et ont à ce titre essuyé nombre de critiques de la part d'économistes²⁰⁷ et des autorités de concurrence elles-mêmes²⁰⁸. Ces réglementations ont par exemple contribué à accroître la durée d'implantation des magasins, qui s'élève de sept à dix ans pour un hypermarché²⁰⁹, générant d'importantes barrières à l'entrée²¹⁰. De la même manière, les réglementations des relations entre fournisseurs et distributeurs et la « *facturologie, spécialité typiquement française que le monde ne nous a pas envié* »²¹¹, sont venues renforcer le manque de dynamisme des marchés de la distribution et créer des risques de collusion et de restrictions de concurrence²¹².

Ensuite, la grande distribution nécessite des circuits logistiques coûteux par nature, et ces coûts sont d'autant plus importants lorsque les magasins de l'enseigne sont éloignés les uns des autres. Cela justifie d'ailleurs que l'expansion des groupes français soit indissociable d'une empreinte régionale²¹³. Or, dans les territoires ultramarins, la construction d'un circuit logistique génère des coûts fixes particulièrement élevés et nécessite d'importantes capacités de stockage. Ces difficultés d'implantation, encore accrues par la rareté et le coût élevé du foncier commercial, sont en outre entretenues par la faible attractivité économique de ces territoires²¹⁴ : éloignement, petite taille des marchés locaux, ou encore coûts salariaux élevés. L'ensemble de ces éléments renforce, par rapport à ce qui peut être observé en métropole, les barrières à l'entrée du secteur et sont d'ailleurs mises en avant par certains opérateurs métropolitains pour justifier leur absence outre-mer²¹⁵.

Un travail de précision et d'adaptation des critères conduisant à définir une position dominante dans le secteur de la distribution outre-mer serait donc sans doute utile, qu'il s'agisse de clarifier les conditions d'application des injonctions structurelles, d'éclairer l'évolution esquissée de l'urbanisme commercial (avec la récente prise en compte de critères économiques), ou de préciser les conditions du contrôle des concentrations. Je reviendrai sur ces questions dans le troisième paragraphe de cette partie.

²⁰⁷ Rey P. et Tirole J., 2000, *op. cit.* ; Monino J.-L. et Turolla S., 2008, « Urbanisme commercial et grande distribution. Etude empirique et bilan de la loi Raffarin », *Revue Française d'Economie*, Vol. 23(2), pp. 139-178.

²⁰⁸ Voir : « [Evolution du contrôle ex-ante de l'urbanisme commercial en outre-mer et prise en compte de critères économiques : l'enseignement de Saint-Barthélemy](#) ».

²⁰⁹ Roskis D. et Dorémus C.-M., 2013, « Pratiques anticoncurrentielles et produits de grande consommation », *Cahiers de Droit de l'Entreprise*, n° 4, Juillet, dossier 30. Il reste à établir si cette évaluation métropolitaine convient également aux situations ultramarines.

²¹⁰ Bertrand M. and Kramarz F., 2002, "Does Entry Regulation Hinder Job Creation? Evidence from the French Retail Industry", *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 117(4), pp. 1369-1413.

²¹¹ Cousin M. et Dahan T., 2011, « Longtemps, je me suis immiscé de bon cœur... », *Concurrences*, n° 4-2011, pp. 10-16.

²¹² Rey P. et Tirole J., 2000, *op. cit.*

²¹³ Papin S., 2011, « Il ne fait pas changer nos règles tout le temps », *Concurrences*, n° 4-2011, pp. 26-27.

²¹⁴ Avis sur la distribution dans les DOM, *op. cit.*, point 128.

²¹⁵ *Ibid.*, point 80.

3.1.2. Légitimité d'une sanction sans abus de la position dominante

On croyait le débat entre la sanction de la position dominante ou celle de son seul abus tranché de longue date, puisque des positions différentes s'étaient opposées sur cette question dès la construction du droit européen²¹⁶. Le droit français, inspiré en la matière des principes européens, considère ainsi depuis toujours qu'une situation de position dominante « *n'est en principe pas reprochable* »²¹⁷. En supprimant la référence à l'abus de position dominante, la nouvelle procédure d'injonction structurelle révolutionne pourtant les pratiques et éloigne plus encore la pratique décisionnelle française de celle de l'Europe, et plus encore des Etats-Unis²¹⁸.

Tout d'abord, la procédure peut conduire à sanctionner une concentration excessive du marché. Certes, un certain nombre de travaux économiques ont depuis longtemps permis d'établir un lien positif entre concentration élevée et niveau de prix²¹⁹. Ainsi, le constat de zones de chalandise très concentrées au niveau national peut présenter des risques en termes de tarification. Mais le phénomène est similaire en Grande-Bretagne et, pour autant, l'autorité britannique n'a pas jugé nécessaire sa déconcentration après une étude détaillée du secteur²²⁰. Au niveau français, la présence de fortes positions dominantes locales dans certaines zones de chalandise n'a par exemple permis de caractériser leur abus que rarement²²¹. En outre, très peu de décisions de concentration ont été rendues sous conditions²²², et ce alors même que les seuils de contrôlabilité ont été abaissés, ce qui fait de ce contrôle renforcé « *plus une source d'encombrement bureaucratique qu'un filet de sécurité à l'égard de concentrations dommageables pour la concurrence* »²²³.

Les barrières à l'entrée, importantes dans le secteur de la distribution, viennent renforcer les positions dominantes, mais une part sensible de ces barrières provient soit du cadre réglementaire, soit de caractéristiques propres au secteur (comme les coûts fixes d'un réseau logistique), soit, encore, de la nature intrinsèque des territoires concernés comme, dans le cas des outre-mer, la rareté du foncier commercial disponible. Toutefois, ces barrières à l'entrée

²¹⁶ Akman P., 2009, "Searching for the Long-Lost Soul of Article 82EC", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 29(2), pp. 267-303 ; Marty F., 2014, « Politiques européennes de concurrence et économie sociale de marché », in Potvin-Solis L. (éd.), *Les valeurs communes dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, Août, pp. 341-377.

²¹⁷ Claudel E., 2013, « L'injonction structurelle en Outre-mer : où le droit de la concurrence porte une atteinte difficilement justifiable au droit de propriété », *Petites Affiches*, n° 216, 29 octobre.

²¹⁸ Larouche P. and Schinkel M.P., 2014, "Continental Drift in the Treatment of Dominant Firms: Article 102 TFEU in Contrast to § 2 Sherman Act", in Sokol D. and Blair R. (eds.), *Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Oxford University Press, Vol. 2, pp. 153-187.

²¹⁹ Lustgarden S., 1975, "The Impact of Buyer Concentration in Manufacturing Industries", *Review of Economics and Statistics*, Vol. 57(2), pp. 125-132 ; Marion B., 1998, « Competition in Grocery Retailing : The Impact of a New Strategic Group on BLS Price Increases », *Review of Industrial Organization*, Vol. 13, pp. 381-399 ; Asplund M. and Friberg R., 2002, "Food Prices and Market Structure in Sweden", *Scandinavian Journal of Economics*, Vol. 104(4), pp. 547-566 ; Berger K., 2004, « Quel est l'impact de la concurrence des surfaces de type discount sur les prix des hypermarchés à dominante alimentaire ? », *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, Vol. 139 ; Biscourp P., Boutin X. and Vergé T., 2013, *op. cit.*

²²⁰ de Muizon G., 2012, « Concurrence et niveau des prix dans la grande distribution », *Concurrences*, n° 2-2012, pp. 4-8.

²²¹ Perrot A., 2012, *op. cit.*

²²² Vogel J., 2012, « Analyse de l'efficacité pratique des actions juridiques », *Concurrences*, n° 2-2012, pp. 9-13.

²²³ Perrot A., 2012, *op. cit.*

sont pour une large part des barrières non stratégiques et il apparaît donc complexe de les opposer aux opérateurs²²⁴.

L'ensemble de ces caractéristiques n'est pas sans rappeler la situation du groupe Casino à Paris, pour lequel l'Autorité avait suggéré la cession de surfaces de vente. Pourtant, la position de Casino était due à la fois aux investissements réalisés et au relatif désintérêt des concurrents²²⁵, et il n'est pas inintéressant de rappeler que le rachat des réseaux Franprix et Leader Price, ainsi que l'acquisition du contrôle conjoint de Monoprix, qui avait renforcé la position du groupe dans la capitale, avaient été dûment autorisés²²⁶. Ce dernier point me conduira en troisième paragraphe de cette partie à poser la question de l'articulation entre la procédure d'injonction structurelle et le contrôle des concentrations – comme cela a été soulevé lors des débats d'adoption de la loi Macron – et de la même façon, amène une réflexion autour de l'articulation avec les règles d'urbanisme commercial, particulièrement dans l'hypothèse d'un renforcement progressif de l'emploi de critères économiques.

Ainsi, le dispositif pourrait revenir à mettre en cause une entreprise dont la position dominante devrait une part non négligeable de son existence à des barrières à l'entrée qui ne lui sont pas imputables, sans qu'elle n'ait commis d'abus. C'est donc de la sanction d'une entreprise à la conduite « *exemplaire* »²²⁷ dont il pourrait s'agir, sa position dominante ayant été acquise par une concurrence par les mérites²²⁸ et en toute légalité – et même renforcée par une réglementation « *malthusienne* » sur l'urbanisme commercial²²⁹. Se pose donc la question de l'opportunité de sanctionner un opérateur efficace et réalisant d'importants investissements, sans qu'une pratique anticoncurrentielle explicite ne puisse lui être imputée.

Le retrait de la notion d'abus pose ainsi une question de principe²³⁰. Une telle sanction de la position dominante soulève en effet nombre de questions quant au respect des droits fondamentaux et donc à la constitutionnalité du dispositif. Certains auteurs ont pu évoquer au premier chef une atteinte à la liberté d'entreprendre ou au droit de propriété²³¹, même si le droit de la concurrence est coutumier d'atteintes à ces libertés, ce qui lui vaut d'être qualifié de « *peu révérencieux* »²³². L'application de la théorie des infrastructures essentielles, qui peut

²²⁴ Concernant la rareté du foncier commercial, il faut néanmoins préciser qu'elle peut faire l'objet d'une utilisation stratégique de certains opérateurs, qui peuvent souhaiter acquérir des terrains éligibles à la construction à la seule fin d'en priver d'éventuels concurrents. Ces stratégies de gel du foncier commercial ont pu être observées par exemple à la Guyane ou à La Réunion (avis sur les mécanismes d'importation et de distribution dans les DOM, *op. cit.*, point 80). Il s'agit alors de comportements qui pourraient faire l'objet d'une instruction pour abus de position dominante. A ce titre, notons que la loi Macron a tenu compte de ces stratégies d'éviction de concurrents potentiels par la préemption du foncier disponible en mentionnant explicitement, dans les nouveaux libellés des articles L. 752-26 et L. 752-27, que les cessions d'actifs pourront concerner des terrains, bâtis ou non.

²²⁵ de Muizon, 2012, *op. cit.*

²²⁶ Vogel J., 2012, *op. cit.*

²²⁷ Claudel E., 2013, « Les implications procédurales de la loi du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer, 1^{er} volet. L'injonction structurelle : une loi pour l'outre-mer, un terrain d'expérimentation pour la métropole ? », *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, n° 3, pp. 506-511.

²²⁸ Vogel J., 2012, *op. cit.*

²²⁹ Cousin M. et Dahan T., 2011, *op. cit.*

²³⁰ Vogel J., 2012, *op. cit.*

²³¹ *Ibid.* ; Béhar-Touchais M., 2014a, « La Nouvelle-Calédonie au cœur de la concurrence : De l'urgence concurrentielle au traitement de choc », *Concurrences*, n° 1-2014, pp. 43-52.

²³² Claudel E., 2013, *Petites Affiches*, *op. cit.*

contraindre un opérateur à céder ses droits, le montre bien²³³. La sanction de la position dominante elle-même heurte aussi, potentiellement, le principe de légalité des délits et des peines, dès lors que « *les éléments constitutifs de l'infraction ne sont pas définis de façon précise et complète* »²³⁴.

On notera toutefois que le Conseil constitutionnel a considéré, dans le cadre du droit calédonien²³⁵, que le pouvoir d'injonction structurelle ne constituait pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre compte tenu de l'objectif d'intérêt général poursuivi. Mais il convient de souligner que le Conseil ne s'est en revanche ni prononcé sur une atteinte potentielle au droit de propriété²³⁶, ni quant au principe de légalité des délits et des peines. De plus, le Conseil a mis en avant les particularités de la situation économique de la Nouvelle-Calédonie pour justifier sa décision, laissant ainsi entendre, selon certains auteurs, que la sanction d'une position dominante sans abus préalable pourrait ne pas être constitutionnelle en métropole²³⁷, même si la loi Macron y prévoit pourtant son extension²³⁸.

On pourrait bien entendu imaginer de réserver l'application de la cession forcée de magasins à la situation où « *un groupe s'avérerait avoir une position de quasi-monopole dans une zone de chalandise* »²³⁹, ce qui serait plus restrictif que la simple position dominante, mais cela laisserait entière la question de l'implantation dans de nouvelles zones de chalandise puisque, par définition, le premier groupe à s'implanter dans une zone est toujours en monopole, tant qu'aucun concurrent n'est venu s'installer à son tour. On peut s'interroger sur l'impact d'une telle mesure sur le développement de la grande distribution en milieu rural, alors même qu'en-dessous de 10 000 habitants, il n'y a « *pas vraiment la place pour plusieurs supermarchés* »²⁴⁰.

La déconnexion de la sanction et de l'abus, qu'implique le nouveau pouvoir d'injonction structurelle, a ainsi déclenché de vives critiques, dénonçant notamment une « *énergique atteinte*

²³³ Marty F., 2012, « La politique de la concurrence européenne face aux droits et libertés des entreprises dominantes », in Solis-Potvin L. (éd.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruylant, Bruxelles, Juillet, pp. 57-95. Jean-Paul Tran-Thiet a d'ailleurs pu suggérer l'application de cette théorie au secteur de la distribution, considérant que les linéaires des grandes surfaces revêtaient des caractéristiques de facilités essentielles (Tran-Thiet J.-P., 1998, « La régulation des réseaux et les relations industrie-commerce », *Contrats Concurrence Consommation*, chron. 11), mais c'est là une voie « *périlleuse* » qui semble ne pas offrir de suite concrète (Reis P., 2014, *op. cit.*).

²³⁴ Comert M. et Nasser el Dine-Pomar S., 2013, *op. cit.*

²³⁵ Décision du conseil constitutionnel n° 2013-3 LP du 1^{er} octobre 2013. Le projet a été adopté, après quelques modifications, sous la forme de la loi du pays n° 2014-12 du 24 avril 2014 portant création de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie et modifiant le livre IV de la partie législative du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

²³⁶ Pastorel J.-P., 2013, « Contrôle de concentration et outils de régulation en Nouvelle-Calédonie », *Actualité Juridique – Droit Administratif*, 16 décembre, n° 43, p. 2499.

²³⁷ Béhar-Touchais M., 2014a, *op. cit.*

²³⁸ La loi polynésienne (loi du pays n° 2014-15 LP/APF du 25 juin 2014 relative à la concurrence), qui prévoit un pouvoir d'injonction structurelle très proche de celui de la Nouvelle-Calédonie, a également fait l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat qui en a validé le principe (Conseil d'Etat, n° 383318 du 19 décembre 2014).

²³⁹ Allain M.-L., Chambolle C. et Vergé T., 2008, *La loi Galland : jusqu'où faut-il la réformer ?*, Opusculum du Cepremap.

²⁴⁰ Papin S., 2011, *op. cit.*

au droit de propriété»²⁴¹, un pouvoir « exorbitant »²⁴², sans « justifications acceptables »²⁴³ et « très peu fondé démocratiquement, juridiquement ou sous l'angle de l'analyse économique »²⁴⁴, qui constituerait la « dernière étape du dirigisme concurrentiel »²⁴⁵. Sans doute le maintien de la notion d'abus, tout en supprimant l'impératif d'une poursuite des pratiques au-delà de la sanction, aurait-il sécurisé le dispositif au plan juridique, comme semblait l'appeler de ses vœux un auteur, qui suggérerait que l'on puisse utiliser l'article L. 752-26 « en dehors du constat d'un abus de position dominante persistant »²⁴⁶.

S'il n'a pas encore fait l'objet d'une application, le principe d'une sanction de la position dominante sans abus a d'ores et déjà fait des émules. Les jeunes droits de la concurrence de Nouvelle-Calédonie et de Polynésie française ont en effet choisi de s'inspirer de ce dispositif, en le renforçant.

Ainsi, l'existence de la simple position dominante est maintenue comme élément déclencheur du pouvoir d'injonction structurelle, mais ce n'est plus le seul. Les législateurs ont souhaité y adjoindre une seconde possibilité en fixant un seuil de parts de marché, là encore sans qu'il soit nécessaire de mettre en évidence un abus préalable, à partir duquel la procédure pourra être activée par les autorités locales. En Polynésie française, le pouvoir d'injonction structurelle pourra donc être utilisé dès lors qu'une entreprise détient 35 % de parts de marché. Dans le cas de la Nouvelle-Calédonie, le seuil a été fixé à 25 % seulement. Pour les deux territoires, la même condition portant sur le chiffre d'affaires a été fixée : il faut qu'il dépasse six cents millions de Francs Pacifique, soit environ cinq millions d'euros, ce qui constitue un seuil particulièrement faible.

Emmanuelle Claudel avait employé l'expression « déverrouillage total »²⁴⁷ pour qualifier le passage des injonctions structurelles LME à celles de la loi Lurel. Que dire, alors, du choix des collectivités du Pacifique ? Si la loi Lurel marquait une nette fragilisation de la notion de position dominante, les droits calédoniens et polynésiens risquent de constituer une atteinte plus importante encore à l'investissement. Quel pourrait en être l'impact sur l'instruction des dossiers d'implantation de nouvelles surfaces commerciales ? Un choix aussi strict n'est-il pas en mesure de modifier la définition même de la position dominante, ce qui rejaillirait alors sur la construction des droits locaux des pratiques anticoncurrentielles ? Au plan des investissements, ne craint-on pas que chaque opérateur puisse aussi contraindre sa propre expansion pour ne pas atteindre les seuils définis, afin de se couvrir contre cette insécurité juridique²⁴⁸.

²⁴¹ Bosco D., 2013, « Une nouvelle injonction structurelle décomplexée », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 1, Janvier.

²⁴² Claudel E., 2013, « Régulation de la distribution par les autorités de concurrence : quels objectifs ? », *Revue Lamy Droit des Affaires*, Supplément au n° 83, Juin, pp. 9-16 ; Béhar-Touchais M., 2014a, *op. cit.*

²⁴³ Claudel E., 2013, *Petites Affiches*, *op. cit.*

²⁴⁴ Deschamps M., 2012, « L'Autorité de la concurrence doit-elle, dans le cadre de sa fonction consultative, disposer de toutes les libertés ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 33, Octobre-Décembre, pp. 85-94.

²⁴⁵ Bosco D., 2012, « Dernière étape du dirigisme concurrentiel : l'injonction structurelle », *Contrats Concurrence Consommation*, n°3, Mars.

²⁴⁶ Reis P., 2014, *op. cit.*

²⁴⁷ Claudel E., 2013, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, *op. cit.*

²⁴⁸ Voir l'article déjà cité : « [Création d'un droit de la concurrence calédonien innovant et coercitif](#) ».

Les lois polynésiennes et calédoniennes ont par ailleurs fourni des précisions complémentaires quant au périmètre d'action de leurs injonctions structurelles et aux critères d'évaluation des parts de marché. Ainsi, les deux textes précisent que la part de marché « *est évaluée selon le chiffre d'affaires réalisé dans le secteur d'activité et sur la zone de chalandise concernée. Toutefois, dans le secteur du commerce de détail, la part de marché est réputée proportionnelle aux surfaces commerciales exploitées* »²⁴⁹. Ces précisions amènent trois remarques. Tout d'abord, on note la volonté de ne pas limiter le pouvoir d'injonction structurelle au seul secteur du commerce de détail, contrairement à la loi française en vigueur dans tous les autres territoires ultramarins. Ensuite, le critère retenu pour le calcul des parts de marché est en général celui du chiffre d'affaires, mais, dans le cas du secteur du commerce de détail, c'est celui des surfaces de vente qui semble primer. Enfin, on remarque l'utilisation explicite de la notion de zone de chalandise, qui tend à suggérer que les autorités prendront effectivement en compte les positions de marché locales, et donc, que le marché géographique pertinent pourra faire l'objet d'une définition restreinte. Il reste cependant à savoir si les autorités de concurrence locales définiront la zone de chalandise avec des critères adaptés à leur condition insulaire. Notons également que, dans le cas du commerce de détail, la notion de chalandise n'apparaît pas explicitement, laissant subsister un doute quant à une possible prise en compte de l'intégralité du territoire dans le calcul des parts de marché.

En tout état de cause, les collectivités du Pacifique ont considérablement assoupli la condition de déclenchement du pouvoir d'injonction structurelle liée à l'existence d'une position dominante. L'outil semble si redoutable que certains se demandent même si le Conseil constitutionnel, interrogé sur le projet de loi calédonien, n'aurait pas dû imposer une clause de revoyure en le limitant par exemple à dix ans²⁵⁰.

3.2. Des prix et marges comme déclencheur de l'infraction

Le nouveau pouvoir d'injonction structurelle conféré à l'Autorité repose également sur un second déclencheur, en sus de l'existence d'une position dominante. Il s'agit de niveaux de prix ou de marges considérés comme élevés. Cette référence directe à un niveau de prix, peu habituelle en matière d'antitrust, interroge tout d'abord quant à son opportunité (3.2.1.). La notion de « prix élevé » amène aussi à se demander quels pourraient être les critères retenus pour sa démonstration (3.2.2.).

3.2.1. Opportunité d'une référence aux niveaux de prix

La version initiale du projet de la loi Lurel, datée de juillet 2012, ne proposait aucune caractérisation spécifique des prix et des marges. Ce n'est que dans un second temps qu'a été

²⁴⁹ Articles LP. 422-1-I. de la loi calédonienne et LP. 641-3-II. du texte polynésien.

²⁵⁰ Béhar-Touchais M., 2014a, *op. cit.*

intégrée la notion « *des prix ou des marges abusifs* »²⁵¹. Par la suite, la Commission des affaires économiques du Sénat avait proposé d'en modifier le libellé pour prendre cette fois en compte « *les prix abusifs ou les marges élevées* »²⁵², mais le Sénat a finalement adopté la formulation actuelle, qui retient « *les prix ou les marges élevés* »²⁵³. Il faut noter que la suppression du terme « abusif » n'est en rien fortuite. Comme le précise le ministre de l'Outre-mer, Monsieur Victorin Lurel, « *l'article L. 752-27 du code de commerce ne vise pas l'abus de position dominante, mais la situation de rente* »²⁵⁴. Or, la notion de prix abusif renvoie à celle d'abus de position dominante, un prix pouvant potentiellement constituer un abus de position dominante s'il est « *exagéré par rapport à la valeur économique de la prestation* »²⁵⁵, le problème étant alors que cette valeur est elle-même non définie²⁵⁶, ce qui risquait de restreindre l'efficacité des nouvelles injonctions structurelles. On comprend, dès lors, que la référence à une notion d'abus n'était que mal adaptée à la volonté d'une sanction sans abus de la position dominante, mais il faut cependant souligner que la notion d'un niveau « élevé » de marges ou de de prix est peu familière au droit de la concurrence.

S'il ne s'agit pas de prix abusif, la notion de prix élevée doit-elle alors être comprise comme un prix excessif ? Ce n'est pas acquis pour certains²⁵⁷ et quand bien même, on se trouverait alors dans « *l'une des zones d'ombre du droit de la concurrence, peu enclin à définir des prix optimaux* »²⁵⁸. Les autorités de concurrence ont en effet toujours montré une réticence importante à l'égard du contrôle des prix ou des marges, notamment en outre-mer²⁵⁹, soulignant tour à tour les phénomènes de rattrapage de marges, la diminution de l'intensité de la concurrence en prix, la désincitation à réduire les coûts, la dérive haussière sur les prix, les risques d'indisponibilité des produits, l'exclusion potentielle de certains fournisseurs efficaces, les risques de collusion verticale, l'introduction de désavantages pour les petits opérateurs, l'ensemble de ces effets conduisant finalement – et paradoxalement – à renforcer les rentes existantes. L'inefficacité des interventions législatives sur le niveau des prix a d'ailleurs souvent été soulignée²⁶⁰.

Certes, la principale justification d'une action contre les prix excessifs se trouve dans l'existence de barrières à l'entrée non stratégiques, à la fois durables et importantes²⁶¹, ce qui, au regard des développements précédents, rend la question légitime pour le secteur de la distribution en outre-mer. Ariel Ezrachi et David Gilo montrent par exemple que des

²⁵¹ Projet de loi du 5 septembre 2012.

²⁵² Rapport du Sénat n° 779 du 25 septembre 2012, établi par Monsieur Serge Larcher, p. 50.

²⁵³ Dans sa séance du 26 septembre 2012.

²⁵⁴ Au cours de la séance de la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale du 3 octobre 2012.

²⁵⁵ Décision n° 06-D-34 du 9 novembre 2006 relative à des saisines concernant le domaine de l'assurance de la responsabilité civile médicale.

²⁵⁶ Calvet H. et de Muizon G., 2011, « Prix excessifs, faut-il intervenir ou laisser faire ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 29, Octobre-Décembre, pp. 92-93.

²⁵⁷ Claudel E., 2013, *Petites Affiches*, *op. cit.*

²⁵⁸ Perrot A., 2012, *op. cit.*

²⁵⁹ Voir l'avis sur la distribution dans les DOM ou les deux rapports rendus au gouvernement calédonien, déjà cités.

²⁶⁰ Voir par exemple : Béhar-Touchais M., 2014b, « L'incitation économique de la loi : La question des prix dans les relations entre fournisseurs, distributeurs et consommateurs », *Concurrences*, n° 1-2014, pp. 1-8.

²⁶¹ Evans D.S. and Padilla A.J., 2005, "Excessive Prices : Using Economics to Define Administrable Legal Rules", *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 1(1), pp. 97-122.

situations de profits excessifs n'ont qu'une faible probabilité d'être résorbées par de nouvelles entrées²⁶². Michal Gal soutient pour sa part une action sur les prix en cas de rentes durables, et même en l'absence d'abus, ce qui est bien dans l'esprit de la loi Lurel²⁶³. Mais d'un autre côté, on sait que les avantages compétitifs des entreprises se réduisent avec le temps²⁶⁴, ce qui confinerait ainsi l'analyse d'Ariel Ezrachi et David Gilo dans une vision trop statique des marchés²⁶⁵. De la même façon, la position dominante en cause ne devrait pas non plus résulter d'une concurrence par les mérites²⁶⁶, ce qui risque d'être moins applicable pour les économies insulaires²⁶⁷. Certains auteurs ont ainsi définitivement exclu la possibilité de pouvoir sanctionner la pratique de prix excessifs²⁶⁸ et soulignent que l'argument venant le plus au soutien d'une liberté tarifaire des entreprises est l'incapacité des autorités à mener à bien le pilotage des prix et des marges²⁶⁹.

L'existence d'une position dominante implique pour son détenteur un pouvoir de marché relatif, c'est-à-dire une capacité à pouvoir s'éloigner du taux de marge minimal qui est associé à une situation de plus forte concurrence. De ce point de vue, la pratique de prix ou de marges plus élevés que ceux qui serait observés en situation de concurrence plus parfaite n'apparaît que comme un corollaire de la situation de position dominante. Le prix agit ainsi comme un signal²⁷⁰, de même que les marges, mais ce signal ne révèle pas nécessairement un comportement répréhensible de l'entreprise. Ces prix élevés « *seront généralement le fruit de la concentration du secteur, ou de situations spécifiques telles que, en outre-mer, l'insularité* »²⁷¹. Bien entendu, ces prix ou marges élevés pourraient aussi justifier un soupçon de pratiques anticoncurrentielles, mais il s'agirait alors de sanctionner l'abus, et non la position dominante elle-même. C'est pourtant bien le niveau des prix que l'on veut ici pouvoir sanctionner, sans qu'un comportement anticoncurrentiel de l'entreprise ne soit nécessairement en cause. Le cas des droits polynésiens et calédoniens, qui n'imposent même pas qu'une position dominante soit démontrée, l'illustre bien²⁷². Cela conduit certains auteurs à relever que « *ce qui est ici frappant, c'est l'aspect moral et non juridique ou économique de l'approche des prix excessifs* »²⁷³.

Les injonctions structurelles qui prévoient une sanction sans abus préalable ont ainsi souvent été qualifiées de sanction sans faute. Pour autant, la pratique de prix excessifs pourrait

²⁶² Ezrachi A. and Gilo D., 2008, "Are Excessive Prices Really Self-Correcting?", *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 5(2), pp. 249-268.

²⁶³ Gal M.S., 2001, « Reducing Rivals Prices: Government-Supported Mavericks as New Solutions for Oligopoly Pricing », *Stanford Journal of Law Business and Finance*, Vol. 7.

²⁶⁴ Ghemawat P., 1991, *Commitment: The Dynamic of Strategy*, The Free Press, New York.

²⁶⁵ Montet C., 2010, « Le droit de la concurrence : une nouvelle forme de dirigisme des prix ? », in *Etudes à la mémoire de Fernand Jeantet*, LexisNexis, pp. 367-376.

²⁶⁶ Motta M. and de Streel A., 2007, "Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never?", in Swedish Competition Authority (ed.), *The Pros and Cons of High Prices*, pp. 14-46.

²⁶⁷ On a vu également que la position de Casino à Paris provenait d'une concurrence par les mérites. C'est pourtant cette situation de marché qui a conduit l'Autorité à demander la mise en œuvre d'une injonction structurelle sans abus préalable.

²⁶⁸ Werden G.J., 2009, « Monopoly Pricing and Competition Policy : Divergent Paths to the same Destination », *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute : International Antitrust Law & Policy*, Juris Publishing, Huntington.

²⁶⁹ Montet C., 2010, *op. cit.*

²⁷⁰ de Muizon, 2012, *op. cit.*

²⁷¹ Claudel E., 2013, *Petites Affiches*, *op. cit.*

²⁷² Béhar-Touchais M., 2014a, *op. cit.*

²⁷³ Calvet H. et de Muizon G., 2011, *op. cit.*

potentiellement être constitutive d'un abus de position dominante, mais se pose alors la question du recours à un test économique permettant de caractériser un niveau excessif de prix²⁷⁴. On recense trois méthodologies distinctes pour évaluer des prix excessifs – l'analyse de la rentabilité de l'entreprise, la prise en compte de la marge bénéficiaire et la comparaison directe des prix –, mais chacune de ces méthodes présente des difficultés considérables²⁷⁵. La question de la caractérisation des prix excessifs comme infraction à part entière pose aussi la question des frontières entre réglementation et droit de la concurrence. Par ailleurs, traditionnellement, le droit des pratiques anticoncurrentielles requiert une intervention *ex-post*²⁷⁶, alors que la réglementation édicte plutôt des prohibitions *ex-ante*. Cela pose bien entendu des questions de sécurité juridique, d'efficacité des dispositifs juridiques, mais également d'efficacité économique – les interventions *ex-ante* étant toujours susceptibles de brider la capacité d'innovation et le dynamisme des opérateurs – auxquelles il serait sans doute opportun de réfléchir plus avant.

3.2.2. Critères retenus pour établir le niveau élevé des prix ou des marges

Dans le cas de l'article L. 752-27, la définition de la tarification reste laconique au regard de la précédente discussion. Le texte précise cependant que le caractère élevé des prix ou des marges s'établira « *en comparaison des moyennes habituellement constatées dans le secteur économique concerné* ». Il s'agirait donc d'un simple test de comparaison par rapport à une valeur moyenne, mais le texte est avare de précision quant au calcul de cette moyenne de référence.

On peut d'abord noter que, par définition, nombre d'observations se situent au-delà de la moyenne. Si la série observée est symétrique, la valeur moyenne se confond d'ailleurs avec celle de la médiane, et la moitié des observations excède donc la moyenne. Ainsi, le simple fait d'avoir un niveau de prix situé au-dessus de la moyenne ne saurait suffire à soulever des préoccupations de concurrence. Il faudra donc quantifier à partir de quel écart de la moyenne les prix seront supposés poser des problèmes suffisants pour pouvoir enclencher la procédure des injonctions structurelles. Mais en l'état, le texte est muet et l'interprétation qu'en fera l'Autorité de la concurrence sera donc fondamentale.

Ensuite, les marges brutes, de même que les charges, diffèrent fortement d'un groupe de produits à l'autre ; les marges nettes connaissant donc elles aussi des écarts marqués, jusqu'à pouvoir être négatives pour certains linéaires. Ainsi, sur les seuls rayons frais, le rapport Chalmin met par exemple en évidence des marges brutes allant de 25,2 % pour la boucherie à 55,8 % pour la boulangerie-pâtisserie, tandis que les marges nettes oscillent entre - 2 % pour la boulangerie-pâtisserie et + 9,1 % pour la boucherie²⁷⁷. Or, la grande distribution est par

²⁷⁴ *Ibid.* ; de Muizon, 2012, *op. cit.*

²⁷⁵ OCDE, 2011a, *Policy Roundtables : Excessive Prices*, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, DAF/COMP(2011)18, 7 February.

²⁷⁶ Je reviendrai dans le quatrième paragraphe de cette partie sur cet aspect qui semble cependant connaître une mutation.

²⁷⁷ Observatoire de la formation des prix et des marges des produits alimentaires, Rapport au parlement, sous la direction de Philippe Chalmin, décembre 2013, p. 80.

essence une activité multiproduit qui autorise des péréquations d'un rayon à l'autre. Les prix et marges dépendront donc de la politique tarifaire du distributeur, des habitudes comportementales du secteur en la matière, mais aussi de son achalandage, lui-même lié au type et au format de distribution. Ainsi, certaines catégories de produits peuvent faire l'objet d'une politique définissant des marges plus élevées, tandis que d'autres voient au contraire leurs marges plus contraintes. Selon la représentation de ces rayons dans l'offre globale du distributeur, la marge moyenne du magasin pourra en être sensiblement modifiée, sans que cela révèle une quelconque anomalie dans la tarification de l'entreprise.

Il importe donc de savoir quels sont les prix ou les marges qui pourront faire l'objet d'une comparaison. De ce point de vue, l'article L. 752-27 est là encore peu précis, puisqu'il est juste indiqué que la comparaison se fera par « secteur économique ». Compte tenu des pratiques courantes, on peut imaginer que le secteur ainsi défini sera au premier chef celui de la grande distribution à dominante alimentaire. L'hypothèse semble d'autant plus raisonnable que les avis ou rapports rendus par l'Autorité dans les outre-mer renvoient aux produits de grande consommation. Les comparaisons de marges ou de prix qui seront effectuées porteront donc sur des agrégats construits à partir de rayons différents, d'une part de rentabilités potentiellement très distinctes, et d'autre part dont les éléments pourront avoir une proportion relative très variable d'un commerce à un autre. Cette remarque est d'autant plus importante si l'on accepte une définition élargie des catégories de commerce, pour les outre-mer, par rapport à celle habituellement utilisée en métropole. Or, les hypermarchés ultramarins, s'ils sont d'une taille très inférieure à celle de leurs homologues des grandes agglomérations métropolitaines, n'en autorisent pas moins une composition différenciée des linéaires. Il est par exemple facile de le comprendre sur la part du non alimentaire (tels que l'électroménager, le textile, l'équipement pour la maison...), le plus souvent très restreinte, voire absente, pour les formats plus modestes.

Ainsi, si les comparaisons s'effectuent sur les marges ou prix globaux, il sera difficile d'établir des résultats fiables compte tenu de la difficulté à trouver des éléments de comparaisons de composition analogue. Mais à l'inverse, si l'on désagrège les données en isolant un rayon, une gamme de produits ou un produit unique, on se heurtera aux choix de politique tarifaire des entreprises. Les produits ainsi isolés pourraient alors aussi bien avoir été choisis comme produits d'appel par le distributeur (et faire ainsi l'objet de marges faibles), que comme produits à plus fortes marges (par exemple en raison d'une plus faible concurrence sur ce segment dans la zone de chalandise).

Par ailleurs, le prix est certes un indicateur, mais il faut également tenir compte des conditions d'achat, qui peuvent aussi être différentes selon les distributeurs, notamment en raison de baisses de prix consenties du fait de volumes de vente supérieurs ou de circuits d'approvisionnement distincts. La marge brute peut donc être différente d'un commerce à l'autre, alors même que le prix y sera identique. De la même manière, les charges sont elles aussi différentes d'un commerce à l'autre, les exigences de présentation, d'accueil, de conseil, de service étant en outre diverses et dépendant de la politique commerciale de l'entreprise. Les marges nettes peuvent donc là encore connaître des différences sensibles, indépendamment de marges brutes ou de prix qui apparaissent comme similaires.

Le principe même d'une comparaison des prix et des marges est donc loin de pouvoir s'effectuer sans écueils, mais une autre question se pose également : celle de la pertinence d'une comparaison de géographies différentes. Comme je l'ai mentionné plus haut, l'article L. 752-27 prend en effet comme référence le secteur économique, ce qui instille un doute quant aux comparaisons qui seront effectuées. En matière de droit de la concurrence, la référence habituelle est celle du marché pertinent, « *notion plus familière au juriste* » que celle du secteur économique²⁷⁸. La notion de secteur économique semble en effet évincer celle du marché géographique, ce qui laisse craindre à certains auteurs que « *la moyenne des prix pratiqués sur le territoire français dans son ensemble pourra servir d'étalon* »²⁷⁹. D'autres auteurs sont plus affirmatifs encore et considèrent que « *le caractère élevé des prix et marges s'appréciera par rapport aux prix et marges pratiqués en métropole* »²⁸⁰.

Le texte de loi étant suffisamment peu explicite pour qu'il soit possible de trancher de manière certaine, il m'est apparu opportun de me référer aux débats conduits lors de son adoption pour essayer de trouver des clefs de compréhension. Or, les déclarations du ministre de l'Outre-mer, Monsieur Victorin Lurel, éclairent considérablement quant à l'interprétation de la notion de prix ou marges élevés. Ainsi, le ministre déclare que « *l'Autorité de la concurrence pourra donc s'adosser [...] [à] la moyenne des prix pratiqués dans le secteur économique – et non géographique* », et précise plus loin que : « *le périmètre du secteur économique ne se limite pas forcément aux seules régions ultramarines [...]. Le standard est national* »²⁸¹. Dans l'esprit du ministre, c'est donc bien d'une comparaison entre les prix et marges observés dans les outre-mer et ceux de la métropole – ou de l'ensemble du territoire républicain – qu'il s'agit.

Pourtant, une telle comparaison ne fait pas sens, puisqu'elle revient à effectuer des comparaisons entre marchés géographiques très différents. Or, « *l'idée de base sur laquelle reposent ces comparaisons veut que l'on examine deux marchés géographiques suffisamment comparables pour pouvoir y comparer les prix (comparaisons de prix et de coûts ou de rentabilité) de manière valable* »²⁸². De même, comme je l'ai précédemment indiqué, il importe de tenir compte des types et des formats de distribution, des rayons présents dans les points de vente, de la composition de ces linéaires et des services rendus aux consommateurs. Or, ces éléments peuvent connaître des différences sensibles entre les outre-mer et la métropole, alors même que les méthodologies de comparaison imposent que soient mis en balance « *des variables d'entreprises analogues situées sur des marchés identiques ou analogues qui fournissent des produits et services identiques ou analogues* »²⁸³.

Au regard de l'évaluation des coûts des entreprises, l'idée d'une comparaison entre outre-mer et métropole surprend plus encore, les distributeurs ultramarins supportant un ensemble de coûts plus élevé que celui des distributeurs métropolitains. Ainsi, la plupart des matériaux étant importés dans les outre-mer, les coûts de construction sont sensiblement renforcés. De même, les coûts énergétiques sont beaucoup plus développés, surtout dans les territoires qui ne bénéficient pas de la péréquation nationale sur l'électricité. Les monopoles ou quasi-monopoles présents en matière de transports ou de communications pèsent également

²⁷⁸ Claudel E., 2013, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, *op. cit.*

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ Manna S., 2013, *op. cit.*

²⁸¹ Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale, séance du 3 octobre 2012.

²⁸² OCDE, 2011a, *op. cit.*, p. 159.

²⁸³ *Ibid.*, p. 152.

sur les charges des entreprises et les coûts salariaux, de même que le coût du crédit, peuvent être significativement supérieurs. Enfin, l'acquisition du foncier est onéreuse et complexe, du fait de la rareté du foncier commercial disponible sur les îles. Sur cette question du foncier et de son impact sur les coûts des distributeurs, un retour sur l'avis de l'Autorité sur la distribution à Paris est éclairant. L'Autorité note que les coûts d'investissements pour les distributeurs parisiens sont supérieurs de 35 à 40 % à ceux de la province, en raison du prix des fonds de commerce, des droits au bail et des travaux à réaliser²⁸⁴. Ces surcoûts parisiens sont notamment entretenus par la concurrence forte qui existe sur l'acquisition du foncier entre les opérateurs de la distribution et ceux d'autres secteurs d'activité²⁸⁵. Ces coûts importants s'observent d'ailleurs également dans d'autres grandes villes françaises²⁸⁶ et sont évidemment présents en outre-mer.

Une comparaison des niveaux de prix avec la moyenne métropolitaine conduirait ainsi aisément au déclenchement du pouvoir d'injonction structurelle, le critère retenu étant très faiblement contraignant²⁸⁷, alors même que le référentiel métropolitain apparaît comme peu significatif. Cela interroge donc sur sa justification et il est intéressant de noter à cet égard que la Commission des affaires économiques du Sénat avait proposé que la comparaison des prix ou des marges s'effectue avec « *les moyennes observées pour les entreprises comparables du secteur* »²⁸⁸. La référence à des entreprises comparables aurait sans doute évité d'utiliser comme référentiel la métropole, tout au moins celui de la moyenne métropolitaine ou nationale. Cependant, il n'a pas été retenu par crainte de l'existence d'une entente sur les prix de toutes les entreprises ultramarines d'un même secteur qui neutraliserait le critère ainsi défini²⁸⁹. Cette justification ne convainc pourtant pas, et ce pour deux raisons. La première est que retenir un critère d'entreprises comparables n'impliquait pas nécessairement de se cantonner à la zone de chalandise en cause, ni même, d'ailleurs, au territoire ultramarin concerné par l'instruction. Dès lors, invoquer une entente globale devenait impossible, sans avoir pour autant à s'en référer à la moyenne métropolitaine ou nationale. La seconde est que, même en ne considérant que la zone de chalandise en cause, on se trouverait alors en cas d'entente entre l'ensemble des concurrents dans un problème d'infraction au droit des pratiques anticoncurrentielles, par essence de nature comportementale. Il s'agirait alors de sanctionner cette entente et le recours à des remèdes structurels ne serait plus à envisager.

Le standard retenu par la loi pour établir un niveau élevé des marges ou des prix est donc loin de convaincre et il reste à observer comment l'Autorité de la concurrence va s'en saisir²⁹⁰. Il faudra en tout état de cause espérer une analyse extrêmement désagrégée de l'Autorité, tenant compte de l'ensemble des éléments susceptibles d'avoir une influence dans le

²⁸⁴ Avis sur la distribution à Paris, *op. cit.*, point 155.

²⁸⁵ *Ibid.*, point 156.

²⁸⁶ Papin S., 2011, *op. cit.*

²⁸⁷ Claudel E., 2013, *Petites Affiches*, *op. cit.* ; Manna S., 2013, *op. cit.*

²⁸⁸ Rapport Larcher, *op. cit.*, p. 90.

²⁸⁹ Voir en sens l'intervention de Madame Pascale Got lors de la séance du 3 octobre 2012 de la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale.

²⁹⁰ Il a toutefois été confirmé que « *le point de comparaison pourra se situer en dehors de la zone de chalandise visée et, le cas échéant, en dehors du territoire lui-même* ». De même, le rapprochement des prix et des marges se fera par « *secteur économique (par exemple les magasins de bricolage)* » et en prenant en compte le « *commerce physique et non par référence au commerce en ligne* » (Beaumeunier V., 2013, « L'injonction structurelle outre-mer dans le commerce de détail », *Concurrences*, n° 2-2013, pp. 17-20).

niveau des coûts, des marges et des prix, en écartant au plus possible les risques de biais, ce qui est intrinsèquement une tâche ardue, et plus encore si les entreprises disposent de la faculté de modifier les calculs de leurs coûts par des prix de transfert. Ces réflexions soulignent une nouvelle fois la difficulté d'appréhender correctement la notion de prix optimal. Les méthodes évoquées dans la section précédente, qui consistent à évaluer non pas le niveau de prix cible désiré mais le potentiel d'accroissement de prix résultant de l'existence d'un pouvoir de marché pourraient sans doute également être utilisées à profit dans ce contexte.

3.3. Efficacité des injonctions structurelles et contrôle des structures de marché

La nouvelle procédure des injonctions structurelles souhaitait répondre à l'impossibilité pratique d'actionner l'ancien système. L'objectif affiché est donc celui d'une efficacité accrue de la procédure, visant à pouvoir obtenir dans un temps relativement court une déconcentration des marchés qui soulèverait des préoccupations de concurrence. A ce titre, les préalables autorisant le déclenchement de la procédure – existence d'une position dominante et constat de prix ou marges élevés – peuvent effectivement rendre la procédure aisément applicable, particulièrement si leur lecture se fait à l'aune de critères mal adaptés aux situations insulaires.

Cependant, la mise en œuvre elle-même d'une injonction structurelle pose deux nouvelles questions : quelles seront les conditions effectives de la cession imposée ? (3.3.1.) ; quels sont les risques associés et comment articuler la procédure avec le droit des concentrations et la réglementation sur l'urbanisme commercial ? (3.3.2.).

3.3.1. Conditions effectives et efficacité de la cession d'actifs

Si, à l'issue de la procédure, une injonction structurelle est prononcée, il restera à déterminer les conditions de la cession forcée, ce qui interroge sur la désignation du mandataire, la recherche de l'acquéreur et la fixation du prix de cession.

L'expérience en matière de contrôle des concentrations met en évidence l'obligation de recourir à au moins un mandataire dans le cadre de la prise d'engagements²⁹¹, notamment dans le cas de cessions d'actifs, même si ces dernières n'exigent *a priori* pas le suivi nécessaire aux engagements comportementaux²⁹². Le mandataire est choisi par la partie cédante²⁹³, mais sa

²⁹¹ Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, Juillet 2013, point 577.

²⁹² *Ibid.*, point 596.

²⁹³ Modèle d'engagements de cession des lignes directrices, point 17.

désignation doit faire l'objet d'une validation par l'Autorité de la concurrence²⁹⁴.

Le mandataire aura en charge de mener à bien la cession en s'assurant de « *la préservation de la viabilité, de la valeur marchande et la compétitivité de l'activité cédée* » (mandataire chargé du contrôle)²⁹⁵ et en réalisant la vente de l'actif cédé (mandataire chargé de la cession)²⁹⁶. Sa mission est donc centrale et dépasse largement le simple fait d'alléger le travail de l'Autorité en lui permettant de se consacrer à d'autres tâches²⁹⁷. Ainsi, la présence d'un mandataire a pu permettre de « *traiter rapidement des tentatives par les parties de contourner leurs obligations* », tandis qu'au contraire, son absence a pu « *faciliter l'émergence de difficultés dans la mise en œuvre d'engagements* »²⁹⁸.

Compte tenu de l'importance de la mission du mandataire, il convient donc de veiller à respecter trois critères essentiels lors de sa désignation : indépendance du mandataire, absence de conflit d'intérêts et qualifications requises, « *par exemple en tant que banque d'affaires, consultant ou société d'audit* »²⁹⁹. Dans le cadre de l'application du pouvoir d'injonction structurelle, on peut se demander si le choix du mandataire sera local ou non. Retenir un mandataire extérieur au territoire risque de s'avérer complexe ou très coûteux, de même que cela pourrait s'avérer peu efficace en raison d'une faible connaissance du tissu économique local et des conditions de marché de l'île concernée. D'un autre côté, le choix d'un mandataire local soulève des questions complémentaires au regard des conditions exigées. Il ne sera en effet pas évident de concilier les trois critères énoncés. Satisfaire aux exigences d'expertise restreindra mécaniquement le nombre de candidats éligibles et il est alors difficile d'imaginer que ces candidats n'aient eu par le passé aucun lien avec l'entreprise cédante. De fait, les conditions d'indépendance ou d'absence de conflit d'intérêts risquent donc de se poser avec une particulière acuité dans les territoires ultramarins.

Si l'on met de côté les interrogations précédentes quant à la désignation du mandataire, il restera ensuite à désigner l'acquéreur. Le cédant s'engage à trouver cet acquéreur³⁰⁰, qui doit être approuvé par l'Autorité³⁰¹. L'acquéreur doit remplir certaines conditions : indépendance à l'égard des parties, garanties de poursuite de l'activité (ressources financières, compétences, motivation), et ne doit pas être susceptible de donner lieu à des problèmes de concurrence ou de retard dans la mise en œuvre des engagements³⁰². Le respect de ces conditions pose de manière générale des questions complexes car les relations entre fournisseurs et distributeurs

²⁹⁴ *Ibid.*, point 21. La désignation du mandataire en l'absence d'un agrément constitue un non-respect des engagements (avis n° 07-A-03 du 28 mars 2007 relatif à l'exécution des engagements souscrits par le groupe Carrefour à l'occasion d'une opération de concentration, point 30).

²⁹⁵ Modèle d'engagements de cession, point 25.

²⁹⁶ *Ibid.*, point 26.

²⁹⁷ Brueckner J.S. and Hoehn T., 2010, "Monitoring Compliance with Merger Remedies – The Role of the Monitoring Trustee", *Competition Law International*, September, pp. 73-80, de Bonnières P., 2012, « Mandataire dans le respect des engagements », *Concurrences*, n° 1-2012, pp. 18-20 ; Gaved M., 2012, « Bonnes pratiques dans le suivi des engagements », *Concurrences*, n° 3-2012, pp. 9-13.

²⁹⁸ OCDE, 2011b, « Concentrations : mesures correctives. France », Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi, Direction des affaires financières et des entreprises, Comité de la concurrence, DAT/COMP/WP3/WD(2011)42, 28 juin.

²⁹⁹ Modèle d'engagements de cession, point 18.

³⁰⁰ *Ibid.*, point 2.

³⁰¹ *Ibid.*, point 15. Là encore, si l'acquéreur est désigné sans agrément, il y a non-respect des engagements souscrits (avis n° 07-A-03, *op. cit.*, point 34).

³⁰² *Ibid.*, point 15.

comprennent des accords de long terme sur les prix ou les remises consenties en fonction des volumes achetés. Supprimer ces conditions pourrait mettre à mal la viabilité ou la compétitivité de l'entité cédée et constituerait à ce titre une violation des engagements³⁰³. L'identification du repreneur est donc aussi importante que contrainte, d'autant plus que les délais doivent en général être « *les plus brefs possibles* », c'est-à-dire dans la plupart des cas inférieurs à un an³⁰⁴. L'expérience passée, aussi bien en France qu'en Europe, montre qu'il est parfois bien difficile, voire impossible, de trouver des repreneurs, particulièrement dans les secteurs déjà très concentrés³⁰⁵, ce qui semble bien être le cas dans la plupart des outre-mer selon les analyses de l'Autorité. Cette dernière note elle-même qu'« *un nombre trop important d'engagements de cession sont difficilement réalisés, dans des délais trop longs, ou doivent faire l'objet de demandes de révision, aucun repreneur ne pouvant être trouvé pour les cessions prévues par les engagements initiaux* »³⁰⁶.

Concernant l'application du pouvoir d'injonction structurelle, l'Autorité semble privilégier l'hypothèse de « *l'arrivée de nouvelles entreprises* »³⁰⁷. On imagine qu'elle y voit un moyen d'éviter de renforcer la part de marché de l'un des oligopoleurs déjà en place, mais compte tenu du faible tissu entrepreneurial insulaire et des coûts importants du secteur de la distribution, les offres locales crédibles risquent d'être très réduites si l'on évince les candidatures des distributeurs déjà présents. Or, sans pertinence du choix de l'acquéreur, l'entretien ou le rétablissement du dynamisme concurrentiel du marché risque de ne pas être assuré, mettant à mal l'efficacité de la cession³⁰⁸. Il est alors possible d'envisager un repreneur extérieur, mais la faible attractivité des outre-mer constitue un frein à l'implantation de nouvelles enseignes³⁰⁹. En outre, il est possible que l'absence d'expérience sur le territoire accroisse les difficultés classiques des rachats liées au manque d'information sur la cible³¹⁰ et nuise ainsi à terme à l'acquéreur³¹¹.

Le risque de l'impossibilité de trouver un acquéreur se pose de manière aigue et la loi Macron vient de le renforcer encore, puisqu'elle a explicitement mentionné un délai maximal de six mois pour réaliser la cession d'actifs consécutive à la procédure d'injonction structurelle³¹². Or, dans l'hypothèse où aucun repreneur satisfaisant les conditions requises ne pourrait être trouvé dans des délais raisonnables, il reste à savoir comment la procédure d'injonction structurelle serait appliquée. Des situations similaires ont pu conduire à des révisions de cession³¹³, par exemple en prolongeant les délais ou en annulant la cession, ce qui

³⁰³ Gaved M., 2012, *op. cit.*

³⁰⁴ Lignes directrices, points 594 et 595.

³⁰⁵ Idot L., 2014, « Les engagements », *Concurrences*, n° 1-2014, pp. 9-16.

³⁰⁶ Lignes directrices, point 588.

³⁰⁷ Selon le Président Bruno Lasserre (compte-rendu de la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale du 7 janvier 2009, p. 9).

³⁰⁸ Bougette P., 2011, *op. cit.*

³⁰⁹ Avis sur la distribution dans les DOM, *op. cit.*, points 80 et 128.

³¹⁰ Croci E., Petlezas D. and Travlos N., 2012, "Asymmetric Information and Target Firm Return", *European Journal of Finance*, Vol. 18(7), pp. 639-661.

³¹¹ Au plan européen, par exemple, les évolutions des parts de marché sont défavorables aux repreneurs dans près de la moitié des cas (Lévêque F., 2006, « Quelle efficacité des remèdes du contrôle européen des concentrations ? », *Concurrences*, n° 1-2006, pp. 27-31).

³¹² L'adjonction de cet impératif temporel est valable depuis la loi Macron à la fois pour l'article L. 752-27 et pour son équivalent métropolitain : l'article L. 752-26.

³¹³ OCDE, 2011b, *op. cit.*

rendrait alors inefficace la procédure d'injonction structurelle, ou encore en élargissant le périmètre de cession. Dans le cas d'engagements structurels, si aucun repreneur n'est trouvé, certains auteurs notent qu'« *il paraît naturel, à l'instar du contrôle des concentrations, de requérir une solution comportementale* »³¹⁴. Si, à l'inverse, un repreneur se propose, l'hypothèse d'un acquéreur à la fois local et déjà implanté dans le secteur de la distribution semble vraisemblable au regard des remarques précédentes. Cette suggestion semble également validée par le fait qu'en cas de cession, les entreprises déjà implantées sont disposées à verser des montants de rachat plus importants que ceux proposés par de nouveaux entrants³¹⁵. Mais alors, l'augmentation souhaitée du nombre de concurrents sur le marché ne serait plus observée. En revanche, cela pourrait renforcer la symétrie des parts de marché des opérateurs locaux déjà installés, ce qui constituerait alors un risque accru de collusion horizontale³¹⁶.

Si les écueils précédemment évoqués sont surmontés, comment sera fixé le prix de l'actif cédé ?³¹⁷ Le mandataire est en charge de la vente de l'actif et doit « *protéger les intérêts financiers légitimes* » du cédant. Il est d'ailleurs possible de prévoir une rémunération du mandataire qui inclut une prime de résultat liée à la valeur de la vente³¹⁸. Une telle clause n'assure cependant en rien que les intérêts financiers du cédant seront garantis. On sait en effet qu'en présence d'une asymétrie informationnelle entre le possesseur de l'actif et le mandataire chargé de la vente, l'intérêt du mandataire est de réaliser la vente rapidement, économisant ainsi des coûts élevés de recherche et de négociation en contrepartie d'une baisse finalement faible de sa prime de rémunération³¹⁹. L'impératif d'une vente rapide imposée aux cessions d'actifs ne fera que renforcer ce mécanisme. Les cessions d'actifs doivent de plus s'effectuer en respectant « *l'obligation inconditionnelle [...] de procéder à la cession sans qu'un prix minimum ne soit fixé* »³²⁰, la violation de cette obligation entraînant celle des engagements souscrits³²¹.

Compte tenu de la difficulté probable à trouver des repreneurs crédibles, de l'absence de prix plancher et de l'impératif de rapidité, il est à craindre que le pouvoir de négociation du cédant soit suffisamment affaibli pour espérer un prix de vente qui corresponde effectivement à la valeur économique de l'actif cédé. Les propositions de rachat risquent alors d'impliquer de mauvaises conditions financières pour le cédant, lésant ainsi les intérêts patrimoniaux des entreprises³²². Doit-on alors revenir à un remède comportemental ou forcer au contraire la

³¹⁴ Bougette P. et Marty F., 2012, « Quels remèdes pour les abus de position dominante ? Une analyse économique des décisions de la Commission européenne », *Concurrences*, n° 3-2012, pp. 30-45. La déconcentration disparaîtrait alors de fait. Il faut noter cependant que les auteurs se réfèrent au cas d'un abus de position dominante, ce qui s'éloigne de la situation envisagée avec les injonctions structurelles.

³¹⁵ Medvedev A., 2008, "Structural Remedies in Merger Regulation in a Cournot Framework", *Economic School Journal*, Vol. 6(1), pp. 114-138.

³¹⁶ Pénard T., 1997, « Choix de capacités et comportements stratégiques : une approche par la théorie des jeux répétés », *Annales d'Economie et de Statistique*, Vol. 46, pp. 203-224.

³¹⁷ Cette question a été soulevée par Emmanuelle Claudel (Claudel E., 2013, *Petites Affiches*, *op. cit.*).

³¹⁸ Modèle d'engagements de cession, point 26.

³¹⁹ Levitt S.D. and Syverson C., 2008, "Market Distorsions When Agents Are Better Informed: The Value of Information in Real Estate Transactions", *Review of Economics and Statistics*, Vol. 90(4), pp. 599-611.

³²⁰ Modèle d'engagements de cession, points 26 et 18.

³²¹ Avis n° 07-A-03, *op. cit.*, point 31.

³²² Vogel J., 2012, *op. cit.*

vente en « *bradant* » les actifs³²³ ? Si le choix retenu est celui d'une vente forcée, même à un tarif insuffisant, doit-on alors prévoir le versement d'une indemnité³²⁴ ?

L'application effective de la nouvelle procédure d'injonction structurelle pose ainsi nombre de questions opérationnelles qui laissent des doutes quant à sa réelle efficacité, évaluée en termes de déconcentration des marchés ultramarins de distribution.

3.3.2. Risques et articulation avec le droit des concentrations et la réglementation sur l'urbanisme commercial

La procédure d'injonction structurelle présente donc un certain nombre de risques dans son application elle-même, comme celui vu à l'instant de la sous-estimation de la valeur de l'actif cédé, ou encore celui de l'identification du repreneur en tenant compte de sa viabilité ou de son potentiel de concurrence. Mais il existe aussi des risques similaires aux erreurs de type 3 identifiées par Alan Fisher et Robert Lande³²⁵ dans le cadre du contrôle des concentrations. Une détermination insatisfaisante des conditions préalables au déclenchement de la procédure, et notamment du caractère excessif des prix ou des marges, pourrait en effet conduire à enjoindre une cession qui ne serait pas indispensable au fonctionnement concurrentiel du marché. Or, les erreurs effectuées sur des mesures structurelles peuvent entraîner des dommages à l'économie particulièrement élevés et souvent irréversibles, dont il convient au plus possible de se garder³²⁶.

L'injonction structurelle crée également, du fait de son application *ex-post*, une insécurité juridique majeure pour les opérateurs de la distribution qui peut se répercuter sur leurs stratégies. Ainsi, l'existence d'un risque d'expropriation (*hold-up*) pourrait conduire à une sous-optimalité globale de l'investissement des opérateurs³²⁷. Ces questions ont été abordées par l'Autorité dans son analyse des clauses des contrats d'affiliation des magasins indépendants³²⁸, mais le cas d'une vente forcée de magasins permis par le pouvoir d'injonction structurelle – contrairement à une cession consentie, comme c'est par exemple le cas en matière de contrôle des concentrations – renforce encore le risque qu'une telle expropriation fait peser sur le développement de l'entreprise. Il est à craindre, comme l'ont souligné différents auteurs aussi bien juristes qu'économistes, que cette insécurité juridique puisse à terme décourager

³²³ Bougette P. et Marty F., 2012, *op. cit.*

³²⁴ Claudel E., 2013, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, *op. cit.*

³²⁵ Fisher A. and Lande R., 1983, *op. cit.*

³²⁶ Marty F. et Reis P., 2011, « Perspectives juridiques et économiques sur les procédures négociées en droit de la concurrence », *Revue Internationale de Droit Economique*, Dossier spécial n° 4 « Les procédures négociées en droit de la concurrence », pp. 17-45.

³²⁷ Klein B., Crawford R.G. and Alchian A.A., 1978, "Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process", *Journal of Law and Economics*, Vol. 21(2), pp. 297-326.

³²⁸ Avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire.

l'investissement³²⁹, l'amélioration de la qualité des produits et des services ou l'innovation³³⁰, et briser les incitations à prendre des risques³³¹.

Un autre problème soulevé est celui de l'articulation de la procédure avec les règles préexistantes dans le domaine du contrôle des structures puisque, qu'il s'agisse de croissance interne ou externe, les projets des distributeurs sont en effet soumis à des autorisations préalables.

Dans le cas où la procédure d'injonction structurelle conduirait à prononcer la cession d'une surface précédemment acquise par une opération de croissance externe, l'injonction reviendrait alors à imposer la cession d'actifs dûment acquis et autorisé préalablement par l'autorité de concurrence, ce qui pose la question de la cohérence temporelle des décisions de concentration. Certes, l'article L. 430-9 du code de commerce autorise ce retour en arrière sur une procédure de concentration, mais le texte en soumet l'application à la preuve d'un abus de position dominante ou de dépendance économique. Il s'agit donc d'une sécurité qui empêche de conférer une forme de blanc-seing à l'entité dont le projet de concentration aurait été validé par les autorités. Mais dans le cas des injonctions structurelles, aucun abus autre que des tarifs – ou des marges – considérés comme trop élevés n'est plus nécessaire. Se pose ainsi la question de la remise en cause, par l'Autorité de la concurrence elle-même, de décisions précédemment prises, au risque de soulever des problèmes de cohérence, de validité de ses analyses antérieures, ou de crédibilité³³². Eviter ces difficultés pourrait consister à considérer que les tarifications élevées sont constitutives d'une infraction à part entière, ce qui remettrait alors la question de la déconcentration dans le champ comportemental, mais cela relance la question précédemment soulevée de la définition d'une norme et de la détermination de tests économiques précis permettant de la caractériser.

Des problèmes un peu distincts se posent si la surface qu'il est question de céder a été obtenue par croissance interne de l'entreprise³³³. Les autorisations d'implantations ou d'extensions commerciales sont en effet délivrées par les commissions d'urbanisme et non par l'Autorité de la concurrence elle-même. La question soulevée est donc moins celle de la cohérence interne des décisions de l'autorité de concurrence que celle de l'articulation des décisions prises par deux organes distincts.

Les cas de la métropole et de l'outre-mer s'appréhendent alors de manière différente, même si l'injonction structurelle sans abus préalable couvre depuis l'adoption de la loi Macron l'ensemble des territoires. Dans le cas métropolitain, les autorisations préalables sont délivrées par la seule commission d'urbanisme, qui n'est pas censée user de critères économiques, dans

³²⁹ de Muizon, 2012, *op. cit.* ; Vogel J., 2012, *op. cit.*

³³⁰ Saint-Esteben R., 2013, « L'injonction structurelle : Rencontre du troisième type du droit de la concurrence », *Concurrences*, n° 2-2013, pp. 11-16.

³³¹ Perrot A., 2012, *op. cit.*

³³² Lors des débats sur la loi Macron, il a par exemple pu être proposé qu'il soit impossible d'appliquer les injonctions structurelles si la situation avait précédemment fait l'objet d'une autorisation de concentration (ce qui aurait d'ailleurs constitué une négation du dispositif de l'article L. 430-9).

³³³ Ce cas de la croissance interne des entreprises est particulièrement important puisqu'entre 2004 et 2009, seuls vingt hypermarchés ont été créés *ex nihilo* – sur les 1 321 hypermarchés exploités en 2004 –, alors que la hausse totale de la surface de vente a été de 22 % sur la même période (Pfister E., 2011, *op. cit.*).

le respect du droit européen³³⁴, et même si cela « demeure de facto un outil de régulation économique »³³⁵. Ce sont donc des critères différents qui peuvent présider à l'autorisation d'une construction et à son injonction de revente, créant une insécurité juridique importante pour les opérateurs. On peut se demander quelles pourront être les impacts, en termes d'investissement, de cette incertitude. De même, si l'on peut revenir sur une implantation pour des motifs strictement concurrentiels, que devient alors la légitimité d'un contrôle *ex-ante* fondé sur des questions d'aménagement du territoire ou de développement durable ? D'une manière générale, un pouvoir aval aussi important que celui attribué par les nouvelles injonctions structurelles ne risque-t-il pas d'affaiblir la portée ou l'efficacité du contrôle amont, qu'il s'agisse d'urbanisme ou de concentration ?

Dans le cas ultramarin, et comme je l'ai discuté dans le cas de Saint-Barthélemy³³⁶, il est vrai que l'article L. 752-6-1 du code de commerce a introduit la possibilité d'une prise en compte de critères économiques et d'une intervention préalable de l'Autorité de la concurrence dans le processus de contrôle des implantations commerciales. Toutefois, l'avis formulé par l'Autorité n'est que consultatif et c'est la commission d'urbanisme qui décide *in fine*. Il y a là une forme de paradoxe, puisqu'une telle procédure revient à attribuer, lors du contrôle amont, une pondération plus importante à la commission d'urbanisme, tandis que le contrôle aval des injonctions structurelles remet au contraire le pouvoir de décision dans les seules mains de l'Autorité de la concurrence. Cette question renvoie aux interrogations sur la place que devraient occuper les critères économiques dans l'urbanisme commercial. On peut noter que les injonctions structurelles calédoniennes ont tenté de répondre à ces interrogations en supprimant la commission d'urbanisme et en donnant plein pouvoir à leur autorité de concurrence³³⁷, mais c'est une procédure nouvelle et encore inapplicable puisque le droit calédonien n'est pas encore actif, et les interrogations demeurent donc.

Pour limiter les risques d'insécurité juridique et les effets potentiellement néfastes sur l'investissement et le développement des entreprises, doit-on envisager une modification des procédures amont pour diminuer les risques aval et mettre en cohérence les décisions ? Se pose alors la question des critères à retenir, qui renvoie aux remarques des paragraphes précédents. Doit-on lutter plus activement contre la création ou le renforcement de positions dominantes ? On risque alors d'affaiblir plus encore la notion de position dominante et se heurter au développement d'un « bon » pouvoir de marché, potentiellement favorable à l'innovation et à un dynamisme schumpétérien. Doit-on se limiter au contingentement du risque d'apparition de pratiques anticoncurrentielles ? La nouvelle procédure d'injonction structurelle n'implique cependant pas, au sens strict habituellement retenu, l'existence de telles pratiques. Faut-il alors intégrer un critère explicite d'excès dans la tarification ? Dès lors,

³³⁴ Destours S., 2014, *op. cit.* Nous avons vu par ailleurs que la tentative du projet de loi Macron d'introduire une possibilité de saisine de l'Autorité de la concurrence en matière d'urbanisme commercial métropolitain avait été censurée par les parlementaires.

³³⁵ Béhar-Touchais M., 2014a, *op. cit.*

³³⁶ Voir : « [Evolution du contrôle *ex-ante* de l'urbanisme commercial en outre-mer et prise en compte de critères économiques : l'enseignement de Saint-Barthélemy](#) ».

³³⁷ Voir : « [Création d'un droit de la concurrence calédonien innovant et coercitif](#) ».

comment définir un tel excès et, surtout, n'existe-il pas un risque de conférer à l'autorité de concurrence une « *mission de régulation et de police des prix* »³³⁸ ?

3.4. Le déplacement vers l'amont de la répression des pratiques anticoncurrentielles

Les conditions effectives de la cession d'actifs forcée laissent donc en suspens un certain nombre de questions qui donnent à penser que les injonctions structurelles seront contestées dès leurs premières applications³³⁹, mais qui interrogent aussi sur leur réelle efficacité à déconcentrer les marchés ultramarins. L'objectif visé par les injonctions structurelles, plutôt qu'une réelle cession de surfaces de vente, pourrait bien être celui d'une dissuasion fondée sur un recours atypique à la procédure d'engagement (3.4.1.). On s'inscrirait ainsi dans une volonté de régulation amont des comportements, qui semble par ailleurs se développer en matière de politique de concurrence (3.4.2.).

3.4.1. Effet dissuasif des injonctions structurelles et recours atypique aux engagements

Dès la création du pouvoir d'injonction structurelle par la LME, le Président Bruno Lasserre avait indiqué que l'Autorité appliquerait « *bien évidemment* » cet outil « *capital* » et qu'il serait utilisé « *chaque fois que nous serons saisis de dossiers convaincants. Il faut que les acteurs de la grande distribution le comprennent* »³⁴⁰. Plus récemment, commentant le nouveau pouvoir d'injonction structurelle de la loi Lurel, l'Autorité précisait qu'elle disposait d'un « *arsenal satisfaisant* »³⁴¹ et qu'elle « *n'hésitera[it] pas, si nécessaire, à mettre en œuvre des injonctions* », tout en précisant que « *comme pour toute arme de dissuasion massive, le mieux est de ne pas avoir besoin d'en faire usage* »³⁴². De telles déclarations semblent afficher une réelle volonté de déconcentration des marchés ultramarins de distribution.

Néanmoins, les enseignements de la théorie des jeux conduisent à tempérer cette volonté, dans la mesure où même si l'intention n'est que dissuasive, la menace d'une utilisation effective de l'outil doit demeurer crédible. L'hypothèse d'une application extrêmement rare de l'injonction structurelle, voire nulle, est donc sans doute probable³⁴³, et plus encore à la lumière des remarques précédentes sur son caractère opérationnel. Le texte ne la prévoit

³³⁸ Bosco D., 2013, *op. cit.* Je reviendrai sur cette question dans le prochain et dernier paragraphe.

³³⁹ Claudel E., 2013, *Petites Affiches*, *op. cit.*

³⁴⁰ Compte-rendu de la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale du 7 janvier 2009, p. 9.

³⁴¹ Compte rendu de la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale du 4 décembre 2013, p. 10.

³⁴² Beaumeunier V., 2013, *op. cit.*, pour les deux citations.

³⁴³ Claudel E., 2013, *Revue Lamy Droit des Affaires*, *op. cit.*

d'ailleurs que comme un « *dernier recours* »³⁴⁴, puisqu'elle doit constituer « *le seul moyen permettant de garantir une concurrence effective* », d'après le libellé de l'article L. 752-27 du code de commerce.

Selon une formule prononcée par le rapporteur général de l'Autorité, souvent reprise par la suite, les injonctions structurelles constitueraient ainsi une « *arme de dissuasion massive* »³⁴⁵, en référence indirecte à la politique atomique de défense, effectivement – et heureusement – conçue pour ne pas servir. Le ministre de l'Outre-mer, Monsieur Victorin Lurel, présentait ainsi le dispositif comme une « *arme ultime de dissuasion, qui n'a pas vocation à s'appliquer au cas où le comportement incriminé deviendrait vertueux* »³⁴⁶. La question demeure cependant quant à la nature du comportement incriminé dont il est question.

S'il s'agit d'inciter les distributeurs à pratiquer des prix ou des marges plus faibles, cela requerrait des études détaillées de la formation des prix et des marges qui s'éloignent sensiblement de la mission de concurrence de l'Autorité³⁴⁷. Cette dernière se défend d'ailleurs de vouloir exercer une influence directe sur les prix, le Président Bruno Lasserre, rappelant que « *nous ne sommes pas les gardiens des prix et des marges, et ne disposons pas du pouvoir d'en fixer le juste niveau. Nous ne sommes pas une autorité de contrôle des prix, et nous ne pouvons nous attaquer qu'à des comportements illicites* »³⁴⁸. Cependant, paradoxalement, le déclenchement de la procédure d'injonction structurelle est bien fondé sur un simple critère de prix élevés, et non sur la notion d'abus, plus familière à l'identification d'une pratique illicite. Il semble donc bien que le législateur ait voulu faire de l'Autorité – dont le comportement restera à observer – le garant du niveau des prix et des marges en outre-mer. « *Retrouvera-t-on alors avec l'Autorité de la concurrence le charme discret des discussions d'antan avec l'Administration sur les prix ?* »³⁴⁹. De nombreux commentaires de la loi Lurel avaient en toute hypothèse souligné le large encadrement des prix auquel elle procédait en général³⁵⁰.

L'intention du législateur peut-elle aussi être d'agir sur la position dominante, sans qu'il soit besoin de recourir à une déconcentration autoritaire ? Cela semble ressortir de travaux parlementaires indiquant que « *dans bien des cas, il devrait en effet être mis fin à la position dominante de l'entreprise [...] au terme des échanges avec l'Autorité de la concurrence* »³⁵¹. Rien ne porte pourtant à croire que les distributeurs vendront spontanément leurs actifs, sans une injonction explicite :

³⁴⁴ Bosco D., 2013, *op. cit.*

³⁴⁵ L'expression est de Madame Virginie Beaumeunier, qu'elle reprend d'ailleurs dans son article cité de 2013. Il semble que la première occurrence de l'image date de son audition par la délégation sénatoriale à l'outre-mer du 3 avril 2012 (voir le rapport Larcher, *op. cit.*, p. 49).

³⁴⁶ Rapport de l'Assemblée nationale n° 245 du 3 octobre 2012 établi par Madame Ericka Bareigts p. 47.

³⁴⁷ Les tentatives de plafonnement des prix ou des marges ont par ailleurs une influence négative sur le niveau des prix. Voir par exemple : Geneakos C., Koutroumpis P. and Pagliero M., 2014, "The Impact of Maximum Markup Regulation on Prices", CEP Discussion Paper n° 1310, October ; Scott Morton F., 2001, "The Problems of Price Controls", *Regulation*, Vol. 50, pp. 50-54.

³⁴⁸ Compte rendu de la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale du 4 décembre 2013, p. 15. J'ai déjà fait état des réticences de l'Autorité à l'égard du contrôle des prix outre-mer, voir : « [Marchés de carburants dans les DOM : évolution de la réglementation et première application de l'article L. 410-3 du Code de commerce](#) ».

³⁴⁹ Saint-Esteben R., 2013, *op. cit.*

³⁵⁰ Voir les articles déjà cités : Claudel E., 2013, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial* ; Grall J.-C., 2012 ; Manna S., 2013 ; et notre article avec Christian Montet : « [La loi REOM contre la vie chère en Outre-mer : une construction difficile entre concurrence et administration des prix](#) ».

³⁵¹ Rapport Bareigts, *op. cit.*, p. 80.

il est peu probable que les situations de forte concentration vont « *mystérieusement se résorber* »³⁵², de même que les prix élevés. Ce sont donc vraisemblablement des engagements qu'escomptent les autorités pour répondre à leurs interrogations de concurrence. Sans doute est-ce ainsi qu'il faut comprendre la déclaration suivante : « *le dispositif ayant d'abord une vocation préventive, il est souhaitable que les entreprises anticipent la mise en œuvre contraignante et d'elles-mêmes proposent des solutions qui préservent au mieux leurs intérêts tout en répondant aux défaillances de concurrence* »³⁵³.

L'intérêt de recourir aux procédures négociées, pour l'Autorité, est d'autant plus important qu'elle manque d'élément de preuve pour établir l'infraction³⁵⁴. Il est donc probable, dans le cadre de l'injonction structurelle non caractérisée par l'abus, que les engagements présenteront un attrait. Il pourrait ainsi s'agir d'engagements de non-renouvellement ou d'échéances anticipées de contrats d'adhésion ou de franchise³⁵⁵, de suppression de droits de priorité au profit de la tête de réseau lors de la vente de magasins affiliés³⁵⁶, ou encore, cela pourrait renvoyer au décroisement de participations communes³⁵⁷.

L'article L. 752-27 prévoit en effet, avant sa phase ultime visant la cession d'actifs, que des engagements puissent être proposés par l'entreprise dont la position de marché est mise en cause par l'Autorité et renvoie à cet égard explicitement à la procédure d'engagement de l'article L. 464-2. Par rapport à une cession forcée d'actifs, cela peut sembler relever « *d'engagements plus doux* »³⁵⁸, idée que l'on semble retrouver dans la précédente citation de Madame Virginie Beaumeunier. En effet, la procédure d'engagement consiste en un « *remède auto-prescrit* »³⁵⁹ et son avantage pour les entreprises est d'éviter la qualification éventuelle d'une pratique illicite³⁶⁰. L'entreprise peut cependant « *refuser purement et simplement* » de prendre les engagements « *qu'on lui suggérerait* »³⁶¹.

Pourtant, dans le cas du pouvoir d'injonction structurelle, la procédure d'engagement prend une tournure sensiblement différente de celle qu'on lui connaît habituellement. Dans la procédure classique, si les engagements apparaissent à l'Autorité insuffisants pour répondre à ses préoccupations de concurrence, l'instruction reprend son cours normal³⁶². L'entreprise prend alors le risque d'une sanction si l'infraction est finalement constatée. En revanche, dans le cas de la procédure de l'article L. 752-27, si les engagements de la phase initiale sont jugés

³⁵² Claudel E., 2013, *Petites Affiches*, *op. cit.*

³⁵³ Beaumeunier V., 2013, *op. cit.*

³⁵⁴ Marty F. et Reis P., 2011, *op. cit.*

³⁵⁵ Pfister E., 2011, *op. cit.*

³⁵⁶ Avis sur les contrats d'affiliation, *op. cit.*, points 225 à 227.

³⁵⁷ Beaumeunier V., 2013, *op. cit.*

³⁵⁸ Bosco D., 2013, *op. cit.*

³⁵⁹ Mouzon A., 2012, « Le respect des engagements. Un point de vue de l'Autorité de la concurrence », *Concurrences*, n° 1-2012, pp. 13-17.

³⁶⁰ Marty F. et Reis P., 2011, *op. cit.* ; Sélinsky V., 2011, « Procédures négociées et stratégies des entreprises », *Revue Internationale de Droit Economique*, Dossier spécial n° 4 « Les procédures négociées en droit de la concurrence », pp. 59-81 ; Mouzon A., 2012, *op. cit.*

³⁶¹ Sélinsky V., 2011, *op. cit.*, pour les deux citations.

³⁶² Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, point 40.

inadéquats, la sanction – injonction comportementale ou structurelle – peut être immédiatement prononcée puisque le constat d’infraction n’est plus nécessaire³⁶³.

Par ailleurs, la qualification de l’infraction, en cas de refus des engagements dans la procédure classique, ne peut être réalisée qu’à l’issue d’une procédure contentieuse qui s’effectue dans le respect du contradictoire. A l’inverse, la procédure de l’injonction structurelle ne repose que sur un contradictoire très affaibli. Certes, par rapport à la version LME des injonctions structurelles, qui ne prévoyait qu’une décision prise après réception des observations de l’entreprise, il a été ajouté qu’une séance devant le collège devait être tenue. La loi Macron vient elle-même de préciser récemment que la mise en cause de l’entreprise devait être effectuée selon un « *rapport motivé* » de l’Autorité, alors qu’il ne s’agissait auparavant que de « *faire connaître* » à l’entreprise ses préoccupations de concurrence. Mais cela reste très insuffisant au regard des enjeux, et largement inférieur au contradictoire garanti par une procédure contentieuse³⁶⁴. On peut noter que les droits calédoniens et polynésiens ont encore affaibli la portée du contradictoire dans leurs procédures d’injonction structurelle, puisque la mention « *prise après réception des observations de l’entreprise ou du groupe d’entreprises concernés et à l’issue d’une séance devant le collège* », qui figure dans l’article L. 752-27, a été purement et simplement supprimée³⁶⁵.

La procédure d’engagement contient toujours une part de contrainte, puisqu’elle repose sur une négociation entre les autorités de concurrence et les entreprises ; c’est d’ailleurs l’un des inconvénients pour ces dernières³⁶⁶. Mais dans le cas des injonctions structurelles, la contrainte est sensiblement renforcée et il est à craindre qu’elles constituent un moyen de pression accru dans la négociation des engagements³⁶⁷.

Certes, les engagements doivent par nature être proportionnés aux préoccupations de concurrence³⁶⁸ et l’Autorité l’a rappelé pour la procédure d’injonction structurelle : « *les mesures qui seraient imposées par injonction structurelle devront respecter le principe de proportionnalité au regard des préoccupations de concurrence qui auront été soulevées* »³⁶⁹. Toutefois, l’étude des remèdes montre en général que des problèmes de disproportion sont possibles. En matière de contrôle des concentrations, par exemple, on peut observer des prescriptions dont le périmètre est plus élargi qu’il ne serait souhaitable, ce que l’on peut qualifier d’« *overfixing* »³⁷⁰ ou de « *principe de précaution* »³⁷¹. Ces risques se rencontrent également en matière de remèdes appliqués aux pratiques anticoncurrentielles³⁷². Ils sont encore renforcés en cas de recours à des procédures

³⁶³ Comert M. et Nasser el Dine-Pomar S., 2013, *op. cit.*

³⁶⁴ Bosco D., 2013, *op. cit.* ; Claudel E., 2013, *Petites Affiches*, *op. cit.* ; Claudel E., 2013, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, *op. cit.* ; Comert M. et Nasser el Dine-Pomar S., 2013, *op. cit.*

³⁶⁵ Voir : « [Création d’un droit de la concurrence calédonien innovant et coercitif](#) ».

³⁶⁶ Sélinsky V., 2011, *op. cit.* ; Claudel E., 2013, *Petites Affiches*, *op. cit.*

³⁶⁷ Bosco D., 2013, *op. cit.*

³⁶⁸ Sélinsky V., 2011, *op. cit.* Rappelons ici que la loi Macron a supprimé cette référence aux préoccupations de concurrence, mais il n’en reste pas moins que l’entreprise en cause se verra reprocher de porter atteinte à une concurrence effective.

³⁶⁹ Beaumeunier V., 2013, *op. cit.*

³⁷⁰ Farrell J., 2003, “Negotiation and Merger Remedies: Some Problems”, in Lévêque F. and Shelanski H. (eds), *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, London, Edward Edgar Publishers.

³⁷¹ Selon l’expression que nous avons utilisée avec Patrice Bougette : « [Contrôles a priori et a posteriori des concentrations : comment augmenter l’efficacité des politiques de concurrence ?](#) ».

³⁷² Bougette P. et Marty F., 2012, *op. cit.*

négociées, lorsque le contradictoire est moindre³⁷³, risquant ainsi de nuire à la concurrence par rapport aux engagements qui auraient été obtenus dans un véritable contentieux³⁷⁴.

Ces risques de disproportion des engagements, dans le cas de la procédure d'injonction structurelle, sont assurément plus importants que dans une procédure d'engagement classique. En cas d'échec des négociations sur l'ampleur des engagements, il est impossible, ici, de revenir à une procédure contentieuse qui laisserait à l'entreprise la chance d'une défense efficace. La menace d'une cession forcée d'actifs, ainsi que l'affaiblissement du contradictoire, introduisent un déséquilibre dans la négociation préalable des engagements. Il est ainsi probable qu'il soit bien difficile pour l'entreprise de résister aux suggestions de l'Autorité, même si celles-ci s'avèrent aller au-delà de ce qui serait réellement requis. Les engagements, relevant d'une démarche volontaire en dépit d'éventuelles pressions, ne soulèveront alors aucune objection ultérieure, alors qu'une injonction de cession d'actifs réalisée *ex-post* pourrait être contestée devant la Cour d'appel de Paris³⁷⁵.

Pour l'entreprise, il reste possible de se soustraire aux engagements suggérés en acceptant de s'exposer alors à la cession forcée d'actifs. Si l'on considère que les doutes quant à la mise en œuvre effective de l'injonction structurelle sont réels – et donc que la menace qu'elle constitue en est d'autant moins crédible –, c'est une stratégie qui pourrait s'avérer payante pour l'entreprise et risquerait ainsi de nuire en retour au caractère dissuasif des nouvelles injonctions structurelles. Cependant, une telle attitude conflictuelle vis-à-vis de l'Autorité lors de la négociation des engagements exposerait malgré tout l'entreprise à un risque juridique si élevé que l'on peut supposer qu'elle s'en abstiendra. Les entreprises de la grande distribution ont d'ailleurs déjà témoigné par le passé d'une « *hypersensibilité au risque juridique* »³⁷⁶, comme l'illustrent les engagements souscrits par le groupe Carrefour³⁷⁷. Alors que l'entreprise n'était pas en position dominante, c'est pourtant au titre d'un abus de dépendance économique qu'elle était inquiétée, ce qui interrogeait selon Joseph Vogel sur la solidité du fondement juridique de la décision³⁷⁸. L'Autorité a pourtant obtenu des engagements nombreux concernant les droits de priorité, le contenu et la durée des contrats d'affiliation, ainsi que la suppression de la clause de non-réaffiliation, alors même que les contrats d'affiliation peuvent aussi présenter des aspects pro-concurrentiels³⁷⁹.

³⁷³ Marty F. et Reis P., 2011, *op. cit.*

³⁷⁴ Roskis D. et Dorémus C.-M., 2013, *op. cit.*

³⁷⁵ Claudel E., 2013, *Revue Lamy Droit des Affaires*, *op. cit.*

³⁷⁶ Vogel J., 2012, *op. cit.*

³⁷⁷ Décision n° 11-D-20 du 16 décembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire.

³⁷⁸ Vogel J., 2012, *op. cit.*

³⁷⁹ Sautel O. et Sélinisky V., 2011, « Les clauses restrictives dans les contrats d'affiliation de magasins indépendants », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 28, Juillet-Septembre, pp. 84-85.

3.4.2. Développement d'une régulation générale amont des comportements

Il y aurait donc, avec la nouvelle mouture des injonctions structurelles issue de la loi Lurel, une forme de paradoxe. Alors qu'elles ont été introduites pour autoriser une intervention *ex-post* de l'autorité de concurrence, en raison d'une insuffisance des contrôles *ex-ante* de l'urbanisme commercial ou des concentrations à empêcher l'émergence de situations de dominance préoccupantes, elles pourraient au contraire devoir leur efficacité au contrôle amont autorisé par un recours à une procédure d'engagement renforcée.

La nouvelle procédure d'injonction structurelle risque donc moins de conduire à des ventes forcées de surfaces de vente qu'à une utilisation accrue des engagements préalables prévus par la procédure. Mais des questions restent alors en suspens : jusqu'où le nouveau pouvoir conféré à l'Autorité peut-il développer ses moyens de pression dans la négociation des engagements ? Chacun a pu constater l'intense activité de l'Autorité, ces dernières années, concernant les comportements de la grande distribution. Les recommandations en matière de clauses contractuelles ont déjà fait l'objet d'applications concrètes, de même que les relations verticales intégrées³⁸⁰. Les questions d'acquisition du foncier commercial ont été étudiées, ainsi que les pratiques de management catégoriel³⁸¹. A cette dernière occasion, l'Autorité a repris la recommandation de la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) concernant l'opportunité d'établir un guide de bonne conduite de ces pratiques³⁸². Quelles utilisations attendre du pouvoir d'injonction structurelle et de sa phase préalable d'engagement sur le développement des marques de distributeur (MDD), les pratiques promotionnelles, les mécanismes de fidélisation des consommateurs, le rôle des centrales d'achat... ?

Le pouvoir d'injonction structurelle serait donc avant tout un « *outil pédagogique et préventif* », selon la formule du ministre de l'Outre-mer³⁸³. Même si l'Autorité se défend de vouloir « *assurer le design idéal de chaque zone de chalandise* », « *l'objectif du nouvel article L. 752-27 [n'étant] pas de devenir un instrument de droit commun de régulation de la distribution outre-mer* »³⁸⁴, le nouveau pouvoir d'injonction structurelle – dont l'adoption a d'ailleurs été poussée par l'Autorité – s'inscrit dans une évolution régulatrice plus large du droit de la concurrence entamée avec la loi NRE. Progressivement, se développe en effet une logique d'anticipation plutôt que d'intervention aval des autorités de la concurrence (*advocacy*), caractérisée par un recours croissant aux procédures négociées ou à la *soft law*³⁸⁵, illustré notamment pour le

³⁸⁰ Dans le cadre d'une concentration à la Martinique, des engagements ont été pris sur l'intégration verticale du distributeur, pour prévenir d'éventuels risques de verrouillage du marché (décision n° 11-DCC-134 du 2 septembre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Louis Delhaize par la société Groupe Bernard Hayot).

³⁸¹ Avis n° 10-A-25 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats de « management catégoriel » entre les opérateurs de la grande distribution à dominante alimentaire et certains de leurs fournisseurs.

³⁸² Vautrin C., 2011, « La CEPC. Organe de création de *soft law* », *Concurrences*, n° 4-2011, pp. 28-31.

³⁸³ Lurel V., 2013, « Le retour de l'Etat régulateur en outre-mer », *Concurrences*, n° 2-2013, pp. 5-6.

³⁸⁴ Beaumeunier V., 2013, *op. cit.*

³⁸⁵ Lemaire C., 2014, « *Soft law* et droit de la concurrence : Retour sur l'expérience de l'Autorité de la concurrence », *Concurrences*, n° 1-2014, pp. 17-36.

secteur de la distribution par les travaux de la CEPC³⁸⁶. Un « *droit de grand frère* » qui viendrait accompagner l'ancien « *droit de Père Fouettard* »³⁸⁷.

La fonction consultative de l'Autorité, et le pouvoir d'autosaisine que lui confère l'article L. 462-4 du code de commerce, ont ainsi signé une forme accrue de régulation³⁸⁸, d'ailleurs reconnue par l'Autorité elle-même³⁸⁹. En matière de distribution, l'ensemble des avis déjà cités en témoigne largement. La procédure d'engagement, dans le cadre du droit des pratiques anticoncurrentielles, a elle-même déjà souvent essuyé d'identiques reproches de régulation des marchés. Certes, la frontière entre régulation et concurrence est parfois ténue³⁹⁰ et le caractère polysémique du terme régulation entretient de ce point de vue un certain flou³⁹¹. Mais si l'on considère la régulation comme une « *action visant à modifier la structure de l'industrie ou à encadrer ex-ante le comportement de marché des acteurs en termes de prix, de décisions d'investissement ou de liberté contractuelle* »³⁹², il devient ardu de contester le caractère régulateur des engagements.

On reviendrait alors, par ce glissement vers l'amont du traitement des comportements plutôt qu'au recours à la sanction aval des actes répréhensibles, à des logiques de politiques industrielles qui s'éloignent de l'objectif de concurrence³⁹³. Le rôle joué par la procédure d'engagement dans le cadre du pouvoir d'injonction structurelle ne fait que renforcer ce « *brouillage de la frontière entre régulation et concurrence* »³⁹⁴ et expose ainsi la politique de concurrence aux mêmes risques de capture ou de détournement que la politique industrielle³⁹⁵. Les possibles cessions d'actifs qui pourraient s'ensuivre en cas d'échec des négociations entretiendraient elles-mêmes cette évolution car l'utilisation de remèdes structurels « *rapproche les autorités de concurrence de régulateurs sectoriels et leur confère des instruments proches de ceux de la politique industrielle* »³⁹⁶. Ainsi, en matière de grande distribution, l'Autorité de la concurrence se

³⁸⁶ Cousin M. et Dahan T., 2011, *op. cit.*

³⁸⁷ Les deux images sont de Philippe Malaurie (Malaurie P., 2008, « Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation. Réglementations contraignantes et libertés économiques : la quadrature du cercle ? », *Petites Affiches*, n° 14, 18 Janvier).

³⁸⁸ Bazex M., 2012, « La fonction consultative de l'Autorité de la concurrence, nouvel instrument de régulation ? », *Droit Administratif*, n° 6, comm.62.

³⁸⁹ Lasserre B., 2010, « La régulation concurrentielle, un an après sa réforme : Un point de vue d'autorité (1) », *Concurrences*, n° 3-2010, pp. 35-46 ; Spilliaert P., 2010, « Les avis de l'Autorité de la concurrence », *Concurrences*, n° 3-2010, pp. 58-64.

³⁹⁰ Gunther J.-P., 2011, « Première lecture croisée des remèdes comportementaux et structurels : Une frontière ténue », *Concurrences*, n° 3-2011, pp. 4-9.

³⁹¹ Idot L., 2014, *op. cit.*

³⁹² Marty F. et Reis P., 2011, *op. cit.*

³⁹³ Gunther J.-P., 2011, *op. cit.* ; Bougette P. et Marty F., 2012, *op. cit.*

³⁹⁴ Marty F. et Reis P., 2011, *op. cit.*

³⁹⁵ Marty F., 2012, *op. cit.*

³⁹⁶ Flochel L., 2008, « Les remèdes structurels dans le cadre du contrôle des concentrations », *Concurrences*, n° 3-2008, pp. 28-33. Sur l'utilisation plus générale du droit de la concurrence comme outil de régulation des marchés, voir également : Ferrier D., 2015, « Concurrence(s) : Un singulier pluriel... », *Concurrences*, n° 2-2015, pp. 5-7. Cette évolution n'est pas proprement française ; le développement des procédures transactionnelles dans d'autres pays semble en être une autre forme d'illustration. Ainsi par exemple, au niveau européen, sur dix affaires de cartels traitées en 2014 par la Commission, huit ont donné lieu à des transactions (European Commission, 2015, Commission staff working document accompanying the document *Report From the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Competition Policy*, 4.6.2015, SWD(2015) 113 final, p. 23).

conduit comme une « *autorité de régulation en amont des marchés* »³⁹⁷ et « *l'injonction structurelle purement régulatrice* », disposition « *regrettable* »³⁹⁸, devrait renforcer cette forme d'intervention.

Quels peuvent être pour les entreprises les risques d'une telle évolution du droit de la concurrence ? Quels en seront les comportements induits en termes d'innovation, d'investissement, d'incitation à prendre des risques ? Quel en sera l'impact du point de vue de l'efficacité économique ? N'est-ce pas également un frein à la construction d'un droit plus « dur », puisque l'on ne qualifie plus les pratiques en recourant aux procédures négociées et qu'on ne bénéficie pas non plus des enseignements permis par les jugements en appel ? Dans cette logique amont, se rapprochant dans une certaine mesure de celle du contrôle des concentrations, on limite en effet le nombre des interprétations en présence et leur confrontation, de même que la portée du contradictoire.

Le nouveau pouvoir d'injonction structurelle risque de prendre corps dans un nouvel outil de régulation des marchés et des stratégies de leurs opérateurs. Une telle volonté régulatrice des comportements inspire d'ores et déjà la naissance des jeunes droits de la concurrence du Pacifique français et la loi Macron vient d'en étendre le dispositif à la métropole, lui adjoignant simplement une condition de parts de marché supérieures à 50 %³⁹⁹. Il semble que la « *passion française de l'immixtion des pouvoirs publics dans le fonctionnement du commerce de détail* »⁴⁰⁰ doive encore vivre de beaux jours et il sera très intéressant d'en analyser les suites à venir.

En guise de non conclusion

En dépit de l'habitude consacrée, ce travail n'appelle pas vraiment de conclusion, et n'en aura donc pas. J'y vois deux motifs. Le premier est que sa structure même confère à sa troisième partie un rôle d'ersatz de méta-conclusion. La seconde, sans doute plus fondamentale, est qu'il est ardu de conclure sur la réalisation de ses travaux alors qu'ils sont encore en cours, évolutifs.

Ce mémoire n'est qu'un bilan d'étape, lacunaire par essence, au tiers environ – tout au moins l'espéré-je – de ma carrière. Reste un long chemin à parcourir, dont le paradoxe est qu'il n'a pourtant pas d'issue tangible. Cette profession ne connaît pas de ligne d'arrivée, de but que l'on peut atteindre, de réalisation finale. « *Ne t'attarde pas à l'ornière des résultats.* » écrivait René Char dans les *Feuillets d'Hypnos*⁴⁰¹. Quête perpétuelle ou absence d'horizon, c'est selon, peuvent paraître tour à tour incroyablement excitantes ou profondément déprimantes.

³⁹⁷ Roskis D. et Dorémus C.-M., 2013, *op. cit.*

³⁹⁸ Claudel E., 2013, *Petites Affiches*, *op. cit.*, pour les deux citations.

³⁹⁹ Pour une lecture critique de cette disposition annoncée, voir : de Muizon G. et Picot T., 2015, « Le pour d'injonctions structurelles », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 43, Avril-Juin, pp. 108-109.

⁴⁰⁰ Cousin M. et Dahan T., 2011, *op. cit.*

⁴⁰¹ Char R., 1967, *Fureur et mystère*, Gallimard, Collection Poésie (édition originale, 1962), p. 85.

Les travaux présentés ne sont donc pas un aboutissement. Je les regarde avec humilité et insatisfaction, en même temps que j'ai pris du plaisir à les réaliser. Francis Scott Fitzgerald décrivait ainsi son amour du métier d'écrivain, ici transposable : « *on n'aurait jamais l'influence d'un homme à fortes convictions politiques ou religieuses, mais on serait certainement plus indépendant. Bien entendu, à l'intérieur même du métier on était éternellement insatisfait – mais pour ma part je n'en aurais pas choisi d'autre.* »⁴⁰². Il ajoutait que le métier lui semblait tout à la fois romantique et passionnant. Evidemment, la recherche voisine mal avec le romantisme, et je n'aurai pas l'outrecuidance d'avoir ici produit un travail passionnant, mais j'espère en avoir minimisé l'aridité de la lecture.

⁴⁰² Fitzgerald F.S., 1963, *La fêlure*, Gallimard, Collection Folio (édition originale, 1936), p. 476.

Bibliographie

- ✓ Aghion P., Algan Y., Cahuc P. and Shleifer A., 2010, "Regulation and Distrust", *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 125(3), pp. 1015-1049.
- ✓ Akman P., 2009, "Searching for the Long-Lost Soul of Article 82EC", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 29(2), pp. 267-303.
- ✓ Al Wardi S., 2008, *Tabiti Nui ou les dérives de l'autonomie*, Paris, L'Harmattan, Collection Portes Océanes.
- ✓ Al Wardi S. et Regnault J.-M., 2011, *Tabiti en crise durable. Un lourd héritage*, Tahiti, Les éditions de Tahiti.
- ✓ Algan Y. et Cahuc P., 2007, *La société de défiance. Comment le modèle social française s'autodétruit*, Paris, Rue d'Ulm, CEPREMAP.
- ✓ Allain M.-L., Chambolle C. et Vergé T., 2008, *La loi Galland : jusqu'où faut-il la réformer ?*, Opuscule du Cepremap.
- ✓ Asplund M. and Friberg R., 2002, "Food Prices and Market Structure in Sweden", *Scandinavian Journal of Economics*, Vol. 104(4), pp. 547-566.
- ✓ Attali J., 2008, *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française : 300 décisions pour changer la France*, XO éditions, La Documentation française, Janvier.
- ✓ Aubert C., Kovacic W. and Rey P., 2006, "The Impact of Leniency and Whistleblowing Programs on Cartels", *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 24(6), pp. 1241-1266.
- ✓ Autorité de la concurrence, 2011, *Outre-mer, dynamiser la concurrence au service de tous*, Paris, La documentation française, Collection Délic.
- ✓ Bambridge T., Venayre F. et Vucher-Visin J., 2009, « [La mise en cohérence des décisions publiques et des possibilités de financement de l'économie polynésienne](#) », *Yearbook of New Zealand Association for Comparative Law*, Vol. 15, pp. 157-184.
- ✓ Bambridge T., Venayre F. et Vucher-Visin J., 2010, « [Les défis sociaux de la Polynésie française](#) », *Revue Juridique Polynésienne*, Vol. 16, pp. 41-68.
- ✓ Bambridge T., Venayre F. et Vucher-Visin J., 2010, « [La gouvernance du système économique polynésien en question – Comment protection et absence de concurrence obèrent la croissance](#) », in A. Angelo & Y.-L. Sage (eds.), *Gouvernance et autonomie dans le Pacifique Sud : études comparées – Governance and Self-Reliance in Pacific Islands Societies : Comparative Studies*, *Comparative Law Journal of the Pacific – Journal de Droit Comparé du Pacifique*, Hors-Série n° X, pp. 313-343.
- ✓ van Barlingen B. and Barennes B., 2005, "The European Commission's 2002 Leniency Notice in Practice", *Competition Policy Newsletter*, Vol. 3, Autumn, pp. 6-16.
- ✓ Bazex M., 2012, « La fonction consultative de l'Autorité de la concurrence, nouvel instrument de régulation ? », *Droit Administratif*, n° 6, comm.62.
- ✓ Beaumeunier V., 2013, « L'injonction structurelle outre-mer dans le commerce de détail », *Concurrences*, n° 2-2013, pp. 17-20
- ✓ Becker G., 1968, "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy*, Vol. 76(2), pp. 169-217.
- ✓ Béhar-Touchais M., 2014a, « La Nouvelle-Calédonie au cœur de la concurrence : De l'urgence concurrentielle au traitement de choc », *Concurrences*, n° 1-2014, pp. 43-52.
- ✓ Béhar-Touchais M., 2014b, « L'incitation économique de la loi : La question des prix dans les relations entre fournisseurs, distributeurs et consommateurs », *Concurrences*, n° 1-2014, pp. 1-8.

- ✓ Berger K., 2004, « Quel est l'impact de la concurrence des surfaces de type discount sur les prix des hypermarchés à dominante alimentaire ? », *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, Vol. 139.
- ✓ Bergman M., Jakobsson M. and Razo C., 2005, "An Econometric Analysis of the European Commission's Merger Decisions", *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 23(9-10), pp. 717-737.
- ✓ Bertrand M. and Kramarz F., 2002, "Does Entry Regulation Hinder Job Creation? Evidence from the French Retail Industry", *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 117(4), pp. 1369-1413.
- ✓ Biscourp P., Boutin X. and Vergé T., 2013, "The Effects of Retail Regulations on Prices: Evidence From the Loi Galland", *Economic Journal*, Vol. 123(12), pp. 1279-1312.
- ✓ Blayac T. et Venayre F., 2007, « [L'organisation du marché européen des services de transport aérien face à la suppression annoncée des exemptions](#) », *Transports*, Vol. 443, Mai-Juin, pp. 153-162.
- ✓ Bolliet A. (éd.), 2010, *Mission d'assistance à la Polynésie française*, Rapport IGF-IGA-IGAS, Septembre.
- ✓ de Bonnières P., 2012, « Mandataire dans le respect des engagements », *Concurrences*, n° 1-2012, pp. 18-20.
- ✓ Bosco D., 2012, « Dernière étape du dirigisme concurrentiel : l'injonction structurelle », *Contrats Concurrence Consommation*, n°3, Mars.
- ✓ Bosco D., 2013, « Une nouvelle injonction structurelle décomplexée », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 1, Janvier.
- ✓ Bougette P., 2011, « Négociation d'engagements en matière de concentrations : une perspective d'économiste », *Revue Internationale de Droit Economique*, dossier spécial n° 4, « Les procédures négociées en droit de la concurrence », pp. 111-124.
- ✓ Bougette P., Donnedieu de Vabres-Tranié L., Montet C. et Venayre F., 2006, « [Stratégie et droit de la concurrence : une enquête auprès de grandes entreprises françaises](#) », *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, Vol. 144, Janvier-Février, pp. 2-10.
- ✓ Bougette P. et Marty F., 2012, « Quels remèdes pour les abus de position dominante ? Une analyse économique des décisions de la Commission européenne », *Concurrences*, n° 3-2012, pp. 30-45.
- ✓ Bougette P. et Montet C., 2005, « Doutes sur les remèdes non structurels dans le contrôle des concentrations », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 2, Février-Avril, pp. 9-15.
- ✓ Bougette P., Montet C. et Venayre F., 2006, « [L'adaptation légale de la stratégie aux contraintes du droit de la concurrence](#) », *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, Vol. 144, Janvier-Février, pp. 11-23.
- ✓ Bougette P., Montet C. et Venayre F., 2006, « [L'efficacité économique des programmes de clémence](#) », *Concurrence et Consommation*, Vol. 146, Juillet, pp. 43-46.
- ✓ Bougette P., Montet C. et Venayre F., 2006, « [Jeux de négociation dans les affaires antitrust : engagements et transaction](#) », *Concurrence et Consommation*, Vol. 146, Juillet, pp. 50-56.
- ✓ Bougette P. et Venayre F., 2008, « [Contrôles a priori et a posteriori des concentrations : comment augmenter l'efficacité des politiques de concurrence ?](#) », *Revue d'Economie Industrielle*, Vol. 121, pp. 9-40.
- ✓ Boutin X. et Guerrero G., 2008, « Loi Galland et prix à la consommation », Note de conjoncture, INSEE, Juin.
- ✓ Briguglio L., 2011, "Competition Law and Policy in Small States, with Special Reference to the Small States of the European Union", Presentation prepared for the Workshop on Competition Law and Policy in Pacific Small States, organized by the Small States Network for Economic Development, Samoa.

- ✓ Brisset K. and Thomas L., 2004, "Leniency Programs: A New Tool in Competition Policy to Deter Cartel Activity in Procurement Auctions", *European Journal of Law and Economics*, Vol. 17(1), pp. 5-19.
- ✓ Brueckner J.S. and Hoehn T., 2010, "Monitoring Compliance with Merger Remedies – The Role of the Monitoring Trustee", *Competition Law International*, September, pp. 73-80.
- ✓ Calvet H. et de Muizon G., 2011, « Prix excessifs, faut-il intervenir ou laisser faire ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 29, Octobre-Décembre, pp. 92-93.
- ✓ Canivet G., 2004, *Rapport du groupe d'experts constitué sur les rapports entre industrie et commerce*, remis au ministre Monsieur Nicolas Sarkozy le 18 octobre.
- ✓ Cason T., 1994, "The Impact of Information Sharing Opportunities on Market Outcomes: An Experimental Study", *Southern Economic Journal*, Vol. 61(1), pp. 18-39.
- ✓ Chamberlin E., 1933, *The Theory of Monopolistic Competition*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts (*La théorie de la concurrence monopolistique*, Presses Universitaires de France, Paris, 1953).
- ✓ Char R., 1967, *Fureur et mystère*, Gallimard, Collection Poésie (édition originale, 1962).
- ✓ Charpin A., 2013, « L'indispensable test du monopoleur hypothétique », *Economic Focus*, Microeconomix, Mai.
- ✓ Claudel E., 2013, « L'injonction structurelle en Outre-mer : où le droit de la concurrence porte une atteinte difficilement justifiable au droit de propriété », *Petites Affiches*, n° 216, 29 octobre.
- ✓ Claudel E., 2013, « Les implications procédurales de la loi du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer, 1^{er} volet. L'injonction structurelle : une loi pour l'outre-mer, un terrain d'expérimentation pour la métropole ? », *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, n° 3, pp. 506-511.
- ✓ Claudel E., 2013, « Régulation de la distribution par les autorités de concurrence : quels objectifs ? », *Revue Lamy Droit des Affaires*, Supplément au n° 83, Juin, pp. 9-16.
- ✓ Coase R., 1991, « L'organisation industrielle : un programme de recherche », *Revue d'Economie Industrielle*, Vol. 58, pp. 15-27.
- ✓ Comanor W. and Frech III H., 1985, "The Competitive Effects of Vertical Agreements?", *American Economic Review*, Vol. 75(3), June, pp. 539-546.
- ✓ Comert M. et Nasser el Dine-Pomar S., 2013, « De nouvelles dispositions procédurales en matière de concurrence », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 3, Mars.
- ✓ Cooper J., Froeb L., O'Brien D. and Vita M., 2005, "Vertical Antitrust Policy as a Problem of Inference", *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 23, September, pp. 639-664.
- ✓ Courteline G., 1993, *Messieurs les ronds-de-cuir*, éditions Flammarion (1^{ère} édition de 1893 ; ajout de l'avant-propos en 1926 à l'édition Bernouard).
- ✓ Cousin M. et Dahan T., 2011, « Longtemps, je me suis immiscé de bon cœur... », *Concurrences*, n° 4-2011, pp. 10-16.
- ✓ Croci E., Petlezas D. and Travlos N., 2012, "Asymmetric Information and Target Firm Return", *European Journal of Finance*, Vol. 18(7), pp. 639-661.
- ✓ Daughety A. and Reinganum J., 2005, "Economic Theories of Settlement Bargaining", *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 1, pp. 35-59.
- ✓ Deschamps M., 2012, « L'Autorité de la concurrence doit-elle, dans le cadre de sa fonction consultative, disposer de toutes les libertés ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 33, Octobre-Décembre, pp. 85-94.
- ✓ Destours S., 2014, « Impact concurrentiel d'un projet d'aménagement commercial », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 38, Janvier-Mars, pp. 103-105.
- ✓ Encaoua D. et Guesnerie R., 2006, *Politiques de la concurrence*, Rapport du CAE, La Documentation française, Paris.

- ✓ European Commission, 2015, Commission staff working document accompanying the document *Report From the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Competition Policy*, 4.6.2015, SWD(2015) 113 final
- ✓ Evans D.S. and Padilla A.J., 2005, “Excessive Prices : Using Economics to Define Administrable Legal Rules”, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 1(1), pp. 97-122.
- ✓ Ezrachi A. and Gilo D., 2008, “Are Excessive Prices Really Self-Correcting?”, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 5(2), pp. 249-268.
- ✓ Farrell J., 2003, “Negotiation and Merger Remedies: Some Problems”, in Lévêque F. and Shelanski H. (eds), *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, London, Edward Edgar Publishers.
- ✓ Farrell J. and Shapiro C., 1990, “Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition”, *The B.E. Journal of Theoretical Economics*, Vol. 10(1), Article 9.
- ✓ Ferrant G., Reboud V., Montet C. et Andriaboavonjy D., 2008, *Comment évaluer les effets de la défiscalisation ? Un essai d'analyse économique sur le secteur hôtelier en Polynésie française*, AFD, Décembre.
- ✓ Ferrier D., 2015, « Concurrence(s) : Un singulier pluriel... », *Concurrences*, n° 2-2015, pp. 5-7.
- ✓ Fidèle M. et Venayre F., 2011, « [Statuts et structure de la sphère publique en Polynésie française](#) », *Revue Juridique, Politique et Economique de la Nouvelle-Calédonie*, Vol. 18, pp. 1-9.
- ✓ Fisher A. and Lande R., 1983, “Efficiency Considerations in Merger Enforcement”, *California Law Review*, Vol. 71(6), pp. 1582-1696.
- ✓ Fitzgerald F.S., 1963, *La féture*, Gallimard, Collection Folio (édition originale, 1936).
- ✓ Flochel L., 2008, « Les remèdes structurels dans le cadre du contrôle des concentrations », *Concurrences*, n° 3-2008, pp. 28-33.
- ✓ Flochel L., 2011, « Contrôle des concentrations horizontales : Les tests UPP, GUPPI et IPR », *Concurrences*, n° 1-2011, pp. 30-36.
- ✓ Friedman J., 1971, “A Non-cooperative Equilibrium for Supergames”, *Review of Economic Studies*, Vol. 38, pp. 1-12.
- ✓ Gal M.S., 2001, « Reducing Rivals Prices: Government-Supported Mavericks as New Solutions for Oligopoly Pricing », *Stanford Journal of Law Business and Finance*, Vol. 7.
- ✓ Gal-Or E., 1985, “Information Sharing in Oligopoly”, *Econometrica*, Vol. 53(2), pp. 329-343.
- ✓ Gal-Or E., 1986, “Information Transmission: Cournot and Bertrand Equilibria”, *Review of Economic Studies*, Vol. 53, pp. 85-92.
- ✓ Gaved M., 2012, « Bonnes pratiques dans le suivi des engagements », *Concurrences*, n° 3-2012, pp. 9-13.
- ✓ Geneakos C., Koutroumpis P. and Pagliero M., 2014, “The Impact of Maximum Markup Regulation on Prices”, CEP Discussion Paper n° 1310, October.
- ✓ Ghemawat P., 1991, *Commitment: The Dynamic of Strategy*, The Free Press, New York.
- ✓ Grall J.-C., 2012, « Vers une économie administrée dans les DOM ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 33, pp. 28-29.
- ✓ Green E. and Porter R., 1984, “Noncooperative Collusion under Imperfect Price Information”, *Econometrica*, Vol. 52(1), pp. 87-100.
- ✓ Guillaume H. (éd.), 2011, *Rapport du comité d'évaluation des dépenses fiscales et des niches sociales*, Juin.
- ✓ Gunther J.-P., 2011, « Première lecture croisée des remèdes comportementaux et structurels : Une frontière ténue », *Concurrences*, n° 3-2011, pp. 4-9.
- ✓ Herrera J. et Merceron S., 2010, *Les approches de la pauvreté en Polynésie française : Résultats et apports de l'enquête sur les conditions de vie 2009*, Mai, AFD, Paris.
- ✓ Idot L., 2014, « Les engagements », *Concurrences*, n° 1-2014, pp. 9-16.

- ✓ Idot L. et Lemaire C., 2009, « Le nouveau visage de la régulation de la concurrence en France. L'Autorité de la concurrence entre deux Europe », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 12, Mars.
- ✓ Janin L. et Menoni B., 2008, « Le contrôle des concentrations en France : analyse empirique des avis du Conseil de la concurrence », *Economie et Prévision*, Vol. 178-179, pp. 93-114.
- ✓ Klein B., Crawford R.G. and Alchian A.A., 1978, "Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process", *Journal of Law and Economics*, Vol. 21(2), pp. 297-326.
- ✓ Krueger A., 1974, "The Political Economy of the Rent Seeking Society", *American Economic Review*, Vol. 64(3), June, pp. 291-303.
- ✓ Lagerlöf J. and Heidhues H., 2005, "On the Desirability of an Efficiency Defense in Merger Control", *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 23(9-10), pp. 803-827.
- ✓ Larouche P. and Schinkel M.P., 2014, "Continental Drift in the Treatment of Dominant Firms: Article 102 TFEU in Contrast to § 2 Sherman Act", in Sokol D. and Blair R. (eds.), *Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Oxford University Press, Vol. 2, pp. 153-187.
- ✓ Lasserre B., 2010, « La régulation concurrentielle, un an après sa réforme : Un point de vue d'autorité (1) », *Concurrences*, n° 3-2010, pp. 35-46.
- ✓ Lemaire C., 2014, « *Soft law* et droit de la concurrence : Retour sur l'expérience de l'Autorité de la concurrence », *Concurrences*, n° 1-2014, pp. 17-36.
- ✓ Lesquins J.-L., 1994, « Innovation et délimitation du marché pertinent », *Revue d'Economie Industrielle*, Vol. 70, pp. 7-15.
- ✓ Lévêque F., 2006, « Quelle efficacité des remèdes du contrôle européen des concentrations ? », *Concurrences*, n° 1-2006, pp. 27-31.
- ✓ Levitt S.D. and Syverson C., 2008, "Market Distorsions When Agents Are Better Informed: The Value of Information in Real Estate Transactions", *Review of Economics and Statistics*, Vol. 90(4), pp. 599-611.
- ✓ Lindsay M., 2007, "Resale Price Maintenance and the World After *Leegin*", *Antitrust*, Vol. 22(1), Fall, pp. 32-40.
- ✓ Lurel V., 2013, « Le retour de l'Etat régulateur en outre-mer », *Concurrences*, n° 2-2013, pp. 5-6.
- ✓ Lustgarten S., 1975, "The Impact of Buyer Concentration in Manufacturing Industries", *Review of Economics and Statistics*, Vol. 57(2), pp. 125-132.
- ✓ Mackaay E., 2013, *Law and Economics for Civil Law Systems*, Edward Elgar Publishing, January, 560 p.
- ✓ Malaurie P., 2008, « Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation. Réglementations contraignantes et libertés économiques : la quadrature du cercle ? », *Petites Affiches*, n° 14, 18 Janvier.
- ✓ Malueg D. and Tsutsui S., 1996, "Duopoly Information Exchange: The Case of Unknown Slope", *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 14, pp. 119-136.
- ✓ Manna S., 2013, « Loi de régulation économique Outre-mer : les bases d'un droit de la concurrence ultramarin », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 35, pp. 125-130.
- ✓ Manoka B. and Reddy M., 2012, "Issues and Challenges in Developing an Effective Agency for Competition Law Enforcement", Conference Presentation, ICCG, PNG and FNU, Fiji.
- ✓ Marion B., 1998, « Competition in Grocery Retailing : The Impact of a New Strategic Group on BLS Price Increases », *Review of Industrial Organization*, Vol. 13, pp. 381-399.
- ✓ Martimort D. et Pouyet J., 2014, « Effets des restrictions verticales et accès au réseau de distribution : Les pratiques d'exclusivité dans le secteur des machines agricoles », *Concurrences*, Vol. 4-2014.

- ✓ Martins P. and Winters A., 2004, “When Comparative Advantage Is Not Enough: Business Costs in Small Remote Economies”, *World Trade Review*, Vol. 3(3), pp. 347-383.
- ✓ Marty F., 2007, *Réglementation et commande publique : analyses économiques et juridiques*, Habilitation à diriger des recherches, 25 janvier.
- ✓ Marty F., 2012, « La politique de la concurrence européenne face aux droits et libertés des entreprises dominantes », in Solis-Potvin L. (éd.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruylant, Bruxelles, Juillet, pp. 57-95.
- ✓ Marty F., 2014, « Politiques européennes de concurrence et économie sociale de marché », in Potvin-Solis L. (éd.), *Les valeurs communes dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, Août, pp. 341-377.
- ✓ Marty F. et Reis P., 2011, « Perspectives juridiques et économiques sur les procédures négociées en droit de la concurrence », *Revue Internationale de Droit Economique*, Dossier spécial n° 4 « Les procédures négociées en droit de la concurrence », pp. 17-45.
- ✓ McMillan J., 2002, *Reinventing the Bazaar*, Norton, New York.
- ✓ McMillan J., 2008, “Market Institutions”, in Durlauf S. and Blume L. (eds.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, Palgrave McMillan, 2nd ed.
- ✓ Medvedev A., 2008, “Structural Remedies in Merger Regulation in a Cournot Framework”, *Economic School Journal*, Vol. 6(1), pp. 114-138.
- ✓ Melville H., 1952, *Taipei*, éditions Gallimard.
- ✓ Menuret J.-J., 2014, « Bientôt des autorités administratives indépendantes (AAI) territoriales », *La Semaine Juridique*, édition Administrations et collectivités territoriales, n° 20, 19 Mai, pp. 21-26.
- ✓ Minter Ellison, 2010, *A Model Regulatory Framework for Forum Island Countries*, Report prepared for the Pacific Islands Forum Secretariat, 28 June.
- ✓ Monino J.-L. et Turolla S., 2008, « Urbanisme commercial et grande distribution. Etude empirique et bilan de la loi Raffarin », *Revue Française d'Economie*, Vol. 23(2), pp. 139-178.
- ✓ Montet C., 2010, « Le droit de la concurrence : une nouvelle forme de dirigisme des prix ? », in *Etudes à la mémoire de Fernand Jeantet*, LexisNexis, pp. 367-376.
- ✓ Montet C. et Sélinisky V., 2002, « Le contrôle *a posteriori* des concentrations à l'initiative du Conseil de la concurrence (C. com., art. L. 430-9) », *Revue Lamy Droit des Affaires*, Vol. 55, pp. 5-22.
- ✓ Montet C. et Sélinisky V., 2007, « Etats-Unis : revirement de jurisprudence sur les prix minima de revente imposés », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 13, Octobre-Décembre, pp. 14-19.
- ✓ Montet C. et Venayre F., 2000, *Etude de la concurrence sur les marchés locaux de la grande distribution alimentaire : la fusion Carrefour-Promodès*, Rapport réalisé à l'intention du Conseil de la concurrence, 50 p.
- ✓ Montet C. et Venayre F., 2003, *Analyse économique des risques concurrentiels dans le projet d'acquisition de Sogema par Sea Invest*, Note réalisée à l'intention de la DGCCRF.
- ✓ Montet C. et Venayre F., 2004, « [Grande distribution française : faire confiance au marché ou céder à la tentation réglementaire ?](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 1, Novembre, pp. 174-181.
- ✓ Montet C. et Venayre F., 2005, *Les risques anticoncurrentiels de la privatisation de la société ASF*, Rapport réalisé à l'intention du Conseil de la concurrence, Juillet, 25 p.
- ✓ Montet C. et Venayre F., 2005, *Les systèmes de distribution sélective des produits de luxe : pratiques, justifications économiques et analyse en termes de bien-être*, Rapport réalisé à l'intention du Conseil de la concurrence, Octobre, 120 p.

- ✓ Montet C. et Venayre F., 2007, « [Politiques de concurrence : comment améliorer les performances de l'économie de marché ?](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 10, Janvier-Mars, pp. 141-150.
- ✓ Montet C. et Venayre F., 2008, *Analyse économique et conséquences tarifaires de la privatisation des aéroports français*, Rapport réalisé à l'intention du Conseil de la concurrence, Juin, 65 p.
- ✓ Montet C. et Venayre F., 2012, « [Politique de la concurrence dans les petits pays insulaires : Le rapport pour le Forum du Pacifique](#) », *Comparative Law Journal of the Pacific – Journal de Droit Comparé du Pacifique*, Vol. 18, pp. 27-47.
- ✓ Montet C. et Venayre F., 2013, « [La loi REOM contre la vie chère en Outre-mer : une construction difficile entre concurrence et administration des prix](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 35, Avril-Juin, pp. 131-140.
- ✓ Montet C. et Venayre F., 2013, « [Audit du système économique de Nouvelle-Calédonie : Plaidoyer pour un droit de la concurrence moderne et efficace](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 36, Juillet-Septembre, pp. 164-170.
- ✓ Montet C. et Venayre F., 2013, [La concurrence à Tahiti : Une utopie ?](#), éditions Au Vent des Îles, Tahiti, Avril, 308 p.
- ✓ Motta M. and de Streel A., 2007, "Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never?", in Swedish Competition Authority (ed.), *The Pros and Cons of High Prices*, pp. 14-46.
- ✓ Motta M. and Polo M., 2003, "Leniency Programs and Cartel Prosecution", *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 21, pp. 347-379.
- ✓ Motta M. and Vasconcelos H., 2005, "Efficiency Gains and Myopic Antitrust Authority in a Dynamic Merger Game", *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 23 (9-10), pp. 777-801.
- ✓ Mouzon A., 2012, « Le respect des engagements. Un point de vue de l'Autorité de la concurrence », *Concurrences*, n° 1-2012, pp. 13-17.
- ✓ de Muizon G., 2012, « Concurrence et niveau des prix dans la grande distribution », *Concurrences*, n° 2-2012, pp. 4-8.
- ✓ de Muizon G. et Picot T., 2015, « Le pour d'injonctions structurelles », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 43, Avril-Juin, pp. 108-109.
- ✓ Muthoo A., 1999, *Bargaining Theory with Applications*, Cambridge University Press, 357 p.
- ✓ Nasar S., 2002, *Un homme d'exception*, Calmann-Lévy, Mars.
- ✓ North D., 1991, "Institutions", *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 5, pp. 97-112.
- ✓ Novshek W. and Sonnenschein H., 1982, "Fulfilled Expectations Cournot Duopoly with Information Acquisition and Release", *Bell Journal of Economics*, Vol. 13, pp. 214-218.
- ✓ OCDE, 2011a, *Policy Roundtables : Excessive Prices*, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, DAF/COMP(2011)18, 7 February.
- ✓ OCDE, 2011b, « Concentrations : mesures correctives. France », Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi, Direction des affaires financières et des entreprises, Comité de la concurrence, DAT/COMP/WP3/WD(2011)42, 28 juin.
- ✓ Papin S., 2011, « Il ne fait pas changer nos règles tout le temps », *Concurrences*, n° 4-2011, pp. 26-27.
- ✓ Pastorel J.-P., 2013, « Contrôle de concentration et outils de régulation en Nouvelle-Calédonie », *Actualité Juridique – Droit Administratif*, 16 décembre, n° 43, p. 2499.
- ✓ Pénard T., 1997, *Dynamique concurrentielle et collusion : les jeux répétés comme fondements de la politique de concurrence*, Thèse de doctorat, Université Paris I.
- ✓ Pénard T., 1997, « Choix de capacités et comportements stratégiques : une approche par la théorie des jeux répétés », *Annales d'Economie et de Statistique*, Vol. 46, pp. 203-224.

- ✓ Pénard T., 1998, « Les jeux répétés. Un instrument de décision pour les autorités concurrentielles », *Revue Economique*, Vol. 49(3), pp. 743-753.
- ✓ Pénard T. et Souam S., 2002, « Collusion et politique de la concurrence en information asymétrique », *Annales d'Economie et de Statistique*, Vol. 66, pp. 209-233.
- ✓ Pénard T. et Souam S., 2002, « Que peut bien apporter l'analyse économique à l'application du droit de la concurrence ? », *Revue d'Economie Politique*, Vol. 112(6), Novembre-Décembre, pp. 863-887.
- ✓ Perloff J., Rubinstein D. and Ruud P., 1996, "Antitrust Settlements and Trial Outcomes", *Review of Economics and Statistics*, Vol. 78(3), pp. 401-409.
- ✓ Perrot A., 2012, « Concurrence et distribution : Le droit de la concurrence permet-il d'appréhender les comportements de la grande distribution. Introduction », *Concurrences*, n° 2-2012, pp. 1-3.
- ✓ Pfister E., 2008, "Regulation of the Supplier-Retailer Commercial Relationships: An Overview of 17 European Countries Regimes", *Concurrences*, n° 3-2008.
- ✓ Pfister E., 2009, « Puissance d'achat et politique de concurrence », *Concurrences*, n° 1-2009, pp. 34-41.
- ✓ Pfister E., 2011, « Concentration et concurrence dans la distribution à dominante alimentaire », *Concurrences*, n° 4-2011, pp. 22-25.
- ✓ Pfister E., 2012, « Les réseaux de distribution : Pratique décisionnelle du Conseil et de l'Autorité de la concurrence », *Concurrences*, n° 1-2012, pp. 7-10.
- ✓ Philippe J., 1998, « La mesure du marché pertinent », *Revue Française d'Economie*, Vol. 13(4), pp. 125-159.
- ✓ Picot T., 2005, « La nouvelle procédure d'engagements prévue à l'article L. 464-2, I., du code de commerce : un "settlement" à la française en matière de concurrence ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 2, Février-Avril, pp. 142-144.
- ✓ Radner R., 1980, "Collusive Behavior in Noncooperative Epsilon-Equilibria of Oligopolies with Long but Finite Lives", *Journal of Economic Theory*, Vol. 22, pp. 136-154.
- ✓ Reddy M., 2013, "Competition Policy and Principled Approach to Regulation in Small Economies: Some Challenges and Impediments", FNU, Working Papers Series n° 6/13, Suva, Fiji.
- ✓ Reddy M., 2013, "Competition Economics, Policy and Law in a Small Economy: Does It Apply Equally to the Government?", FNU, Working Paper Series, n° 7/13, Suva, Fiji.
- ✓ Reis P., 2014, « L'accès au marché des fournisseurs face au développement des marques de distributeurs », *Contrats Concurrence Consommation*, Vol. 4, Avril.
- ✓ Rey P. et Tirole J., 2000, *Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs*, La Documentation française, Paris.
- ✓ Rey P. et Vergé T., 2014, « Vertical Restraints in European Competition Policy », *Concurrences*, Vol. 4-2014, pp. 44-53.
- ✓ Roskis D. et Dorémus C.-M., 2013, « Pratiques anticoncurrentielles et produits de grande consommation », *Cahiers de Droit de l'Entreprise*, n° 4, Juillet, dossier 30.
- ✓ Saint-Esteben R., 2013, « L'injonction structurelle : Rencontre du troisième type du droit de la concurrence », *Concurrences*, n° 2-2013, pp. 11-16.
- ✓ Salop S. and Moresi S., 2009, "Updating the Merger Guidelines: Comments", Horizontal Merger Guidelines Review Project, November 2009.
- ✓ Sautel O. et Sélinisky V., 2011, « Les clauses restrictives dans les contrats d'affiliation de magasins indépendants », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 28, Juillet-Septembre, pp. 84-85.
- ✓ Scott Morton F., 2001, "The Problems of Price Controls", *Regulation*, Vol. 50, pp. 50-54.

- ✓ Sélinsky V., 2004, « Le contrôle *a posteriori* des concentrations en France : Des procédures interminables pour quelle issue ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 1, Novembre, pp. 15-16.
- ✓ Sélinsky V., 2011, « Procédures négociées et stratégies des entreprises », *Revue Internationale de Droit Economique*, Dossier spécial n° 4 « Les procédures négociées en droit de la concurrence », pp. 59-81.
- ✓ Sélinsky V. et Venayre F., 2012, « [Suite d'une injonction dans la téléphonie mobile à La Réunion et à Mayotte](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 31, Avril-Juin, pp. 16-22.
- ✓ Shapiro C., 1986, "Exchange of Information in Oligopoly", *Review of Economic Studies*, Vol. 53, pp. 433-446.
- ✓ Shapiro C., 1996, "Mergers with Differentiated Products", *Antitrust*, Spring, pp. 23-30.
- ✓ Souam S., 2000, « L'efficacité préventive des décisions en matière de concentration », *Petites Affiches*, n° 259, pp. 16-20.
- ✓ Spagnolo G., 2000, "Optimal Leniency Programs", FEEM Working Paper, n° 42.2000.
- ✓ Spagnolo G., 2004, "Divide and Impera: Optimal Leniency Programs", CEPR Discussion Papers, n° 4840.
- ✓ Spilliaert P., 2010, « Les avis de l'Autorité de la concurrence », *Concurrences*, n° 3-2010, pp. 58-64.
- ✓ Stigler G., 1964, "A Theory of Oligopoly", *Journal of Political Economy*, Vol. 72, pp. 44-61.
- ✓ Stigler G., 1971, "The Theory of Economic Regulation", *Bell Journal of Economics*, Vol. 2(1), pp. 3-21.
- ✓ Tran-Thiet J.-P., 1998, « La régulation des réseaux et les relations industrie-commerce », *Contrats Concurrence Consommation*, chron. 11
- ✓ Tullock G., 1967, "The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies and Theft", *Western Economic Journal*, Vol. 5, June, pp. 224-232.
- ✓ Vautrin C., 2011, « La CEPC. Organe de création de *soft law* », *Concurrences*, n° 4-2011, pp. 28-31.
- ✓ Venayre F., 1999, « [Incertitude sur la demande et incitations au partage de l'information dans un duopole](#) », *Revue Economique*, Vol. 50(3), pp. 601-610.
- ✓ Venayre F., 2001, *Echanges d'informations dans les oligopoles et politique de concurrence*, Thèse de doctorat, Université Montpellier I.
- ✓ Venayre F., 2004, « [Echanges d'informations : les jurisprudences française et communautaire à l'aune des prédictions théoriques](#) », *Revue d'Economie Industrielle*, Vol. 108, pp. 91-112.
- ✓ Venayre F., 2005, « [Les apports de la théorie économique à l'étude des accords d'échanges d'informations](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 2, Février-Avril, pp. 122-125.
- ✓ Venayre F., 2005, « [Demi-mesures sur le marché français de la bière](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 4, Août-Octobre, pp. 9-13.
- ✓ Venayre F., 2006, « [Echanges d'informations : évaluation des effets anticoncurrentiels](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 6, Janvier-Mars, pp. 20-24.
- ✓ Venayre F., 2007, « [Echanges d'informations sur la solvabilité des emprunteurs](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 11, Avril-Juin, p. 26.
- ✓ Venayre F., 2007, « [Téléphonie mobile : on raccroche !](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 11, Avril-Juin, p. 27.
- ✓ Venayre F., 2009, « [L'emploi en Polynésie française : situation actuelle et difficultés d'interprétation](#) », *Revue Juridique Polynésienne*, Vol. 15, pp. 37-64.
- ✓ Venayre F., 2009, [La Polynésie française face au choc de la crise économique : plan de relance et renforcement de la cohésion sociale](#), Synthèse de l'atelier 1 des Etats-généraux de l'outre-mer en Polynésie française, Septembre (dir. : Bambridge T. et Vucher-Visin J.).

- ✓ Venayre F., 2010, « [L'évolution du secteur aéroportuaire française renforce la nécessité de régulation](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 23, Avril-Juin, pp. 27-30.
- ✓ Venayre F., 2011, « [La détermination des sanctions dans les ententes sur appels d'offres en l'absence de contestation des griefs](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 28, Juillet-Septembre, pp. 15-22.
- ✓ Venayre F., 2011, « [Les lacunes du transfert de la compétence économique à la Polynésie française](#) », in J.-Y. Faberon, V. Fayaud et J.-M. Regnault (éds.), *Destins des collectivités politiques d'Océanie – Vol. 2 : Singularités*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Collection Droit d'Outre-Mer, pp. 531-540.
- ✓ Venayre F., 2012, « [‘Nous, au village, aussi, l'on a, De beaux assassinats’... Ou l'entente saint-pierraise et ses enseignements en matière de sanctions et de non-contestation des griefs](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 31, Avril-Juin, pp. 16-22.
- ✓ Venayre F., 2012, « [Le secteur public face aux difficultés économiques](#) », in Inspection Générale de l'Administration (éd.), *Actes de la 1^{re} Conférence du Service Public*, Tahiti, Septembre, pp. 8-19.
- ✓ Venayre F., 2012, « [Interventionnisme public et handicaps de compétitivité : analyse du cas polynésien](#) », Document de travail, n° 121, Agence française de développement, Département de la recherche, Mars.
- ✓ Venayre F., 2012, « [Fin du feuilleton judiciaire de la téléphonie mobile](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 33, Octobre-Décembre, pp. 20-21.
- ✓ Venayre F., 2012, « [Licéité des échanges d'informations entre concurrents : Une Autorité de plus en plus régulatrice](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 33, Octobre-Décembre, pp. 18-19.
- ✓ Venayre F., 2012, « [Protection du marché agricole et qualité sanitaire en Polynésie française](#) », *Economies et Sociétés*, Série « Systèmes Agroalimentaires », AG, Vol. 34, 10-11/2012, pp. 2057-2076.
- ✓ Venayre F., 2012, « [Concentration dans la distribution alimentaire en Martinique : jusqu'où prendre en compte les spécificités ultramarines ?](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 33, Octobre-Décembre, pp. 12-14.
- ✓ Venayre F., 2012, « [L'explosion des dépenses de santé : éclairages pour une réforme](#) », in *Les dépenses de santé en Polynésie française*, Actes du colloque du laboratoire Gouvernance et développement insulaire, Tahiti, 3 décembre 2010, Université de la Polynésie française, *Comparative Law Journal of the Pacific – Journal de Droit Comparé du Pacifique*, Hors-Série n° XIV, pp. 49-73.
- ✓ Venayre F., 2013, « [Interventionnisme public et développement économique des collectivités d'outre-mer françaises du Pacifique Sud](#) », *Revue Juridique, Politique et Economique de la Nouvelle-Calédonie*, Vol. 22, pp. 42-52.
- ✓ Venayre F., 2013, « [Rappel de la loi républicaine sur la concurrence pour Saint-Pierre-et-Miquelon : Une nouvelle volonté politique pour les économies ultramarines](#) », *Comparative Law Journal of the Pacific – Journal de Droit Comparé du Pacifique*, Vol. 19, pp. 109-126.
- ✓ Venayre F., 2014, « [Audition du président de l'Autorité de la concurrence : confirmation du dynamisme de l'action outre-mer et premiers effets de la loi REOM](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 39, Avril-Juin, pp. 137-141.
- ✓ Venayre F., 2014, « [Marchés de carburants dans les DOM : évolution de la réglementation et première application de l'article L. 410-3 du Code de commerce](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 39, Avril-Juin, pp. 142-148.
- ✓ Venayre F., 2014, « [Evolution du contrôle *ex-ante* de l'urbanisme commercial en outre-mer et prise en compte de critères économiques : l'enseignement de Saint-Barthélemy](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 41, Octobre-Décembre, pp. 73-81.

- ✓ Venayre F., 2014, « [Création d'un droit de la concurrence calédonien innovant et coercitif](#) », *Revue Juridique, Politique et Economique de la Nouvelle-Calédonie*, Vol. 24, pp. 29-40.
- ✓ Venayre F., 2015, « [Objet vs. effet anticoncurrentiel dans le traitement des échanges d'informations](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 43, Avril-Juin, pp. 11-14.
- ✓ Venayre F., 2015, « [Marché des carburants : pas d'entente en Réunion, mais des questions en stock](#) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 42, Janvier-Mars, pp. 32-34.
- ✓ Venayre S., 2012, *Disparu ! Enquête sur Sylvain Venayre*, Les Belles Lettres, L'histoire de profil, Octobre.
- ✓ Viennois J.-P., 1999, *La distribution sélective*, éditions FNDE, Litec, Collection Bibliothèque du Droit de l'Entreprise, Septembre, 456 p.
- ✓ Vives X., 1984, "Duopoly Information Equilibrium: Cournot and Bertrand", *Journal of Economic Theory*, Vol. 34, pp. 71-94.
- ✓ Vogel J., 2012, « Analyse de l'efficacité pratique des actions juridiques », *Concurrences*, n° 2-2012, pp. 9-13.
- ✓ Wasina A., 2004, "Competition Law and Independent Consumer and Competition Commission in Papua New Guinea", Presentation at the 4th APEC Training Course on Competition Policy, 3-5th August, Ho Chi Minh, Vietnam.
- ✓ Wasmer E. et David Q., 2012, *Rapport sur la situation économique de la Nouvelle-Calédonie*, Août.
- ✓ Werden G.J., 1998, "Demand Elasticities in Antitrust Analysis", *Antitrust Law Journal*, Vol. 66(2), pp. 363-414.
- ✓ Werden G.J., 2009 , « Monopoly Pricing and Competition Policy : Divergent Paths to the same Destination », *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute : International Antitrust Law & Policy*, Juris Publishing, Huntington.
- ✓ Williamson O., 1968, "Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs", *American Economic Review*, Vol. 58(1), pp. 13-36.

Table des matières

Remerciements	p. 3
Avant-propos	p. 4
Curriculum vitæ	p. 7
Notice de travaux	p. 21
1. Analyses économiques et juridiques de la concurrence	p. 22
1.1. Echanges d'informations : de l'organisation industrielle à l'économie du droit	p. 22
1.1.1. Une approche microéconomique des échanges d'informations	p. 22
1.1.2. Traitement juridique des échanges d'informations	p. 26
1.2. Efficacité de la politique de concurrence et place de la réglementation	p. 28
1.2.1. Croissance des entreprises et réglementation de la concurrence	p. 29
1.2.2. Stratégies d'adaptation des entreprises, antitrust et régulation des marchés	p. 32
1.2.3. Mouvence du droit et outils d'amélioration de l'efficacité des politiques de concurrence	p. 35
2. Les spécificités de l'outre-mer en matière de concurrence et de réglementation	p. 39
2.1. Une économie polynésienne en marge	p. 40
2.1.1. D'importantes difficultés économiques et sociales	p. 40
2.1.2. Poids et inefficacité de la réglementation économique	p. 44
2.1.3. L'absence d'une législation sur la concurrence	p. 48
2.2. La concurrence au cœur des interrogations ultramarines	p. 53
2.2.1. Renforcement de l'action de l'Autorité de la concurrence en outre-mer	p. 53
2.2.2. Nouveaux débats, nouveaux outils : la loi Lurel en rupture avec un passé réglementaire ?	p. 58
2.2.3. Vers une mutation des économies des collectivités du Pacifique Sud ?	p. 62
3. Recherches actuelles et à venir	p. 66
3.1. Quel lien entre position dominante et pratiques anticoncurrentielles ?	p. 68
3.1.1. Caractérisation de la position dominante et contexte ultramarin	p. 70
3.1.2. Légitimité d'une sanction sans abus de la position dominante	p. 74
3.2. Des prix et marges comme déclencheur de l'infraction	p. 78
3.2.1. Opportunité d'une référence aux niveaux de prix	p. 78
3.2.2. Critères retenus pour établir le niveau élevé des prix ou des marges	p. 81
3.3. Efficacité des injonctions structurelles et contrôle des structures de marché	p. 85
3.3.1. Conditions effectives et efficacité de la cession d'actifs	p. 85

3.3.2. Risques et articulation avec le droit des concentrations et la réglementation sur l'urbanisme commercial	p. 89
3.4. Le déplacement vers l'amont de la répression des pratiques anticoncurrentielles	p. 92
3.4.1. Effet dissuasif des injonctions structurelles et recours atypique aux engagements	p. 92
3.4.2. Développement d'une régulation générale amont des comportements	p. 97
En guise de non conclusion	p. 99
Bibliographie	p. 101
Table des matières	p. 112